GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCON

RELATOR DE LA CORTE

73

TOMO LXXIII - BOGOTA, COLOMBIA. AGOSTO DE 1952 - NUMERO 2118

SALA DE CASACION CIVIL

CUANDO ES APLICABLE LA PRESUNCION DE CULPABILIDAD DEL ARTICULO 2356 DEL CODIGO CIVIL, LO MISMO QUE CUANDO SON ADMISIBLES CIERTAS PRESUNCIONES DE HECHO, NO HAY EXONERACION DE LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA CULPA DEL DEMANDADO, SINO UNICAMENTE UN MEDIO DE FACILITARLA, AUNQUE LA FACILIDAD EN EL EMPLEO DE LAS PRESUNCIONES EQUIVALGA PRACTICAMENTE A LA EXONERACION. — LA DIVERGENCIA DE CONCEPTOS O CRITERIOS ENTRE EL SENTENCIADOR Y EL RECURRENTE EN CASACION, EN LA APRECIACION DE UNA PRUEBA, NO CONSTITUYE EL ERROR DE HECHO DE QUE TRATA LA CAUSAL PRIMERA

1.—Estudia el Tribunal los elementos traídos a los autos dentro de los respectivos términos probatorios, a solicitud de las partes, para evidenciar: a) la forma de reparación de las máquinas en los talleres de la Empresa, su preparación y alistamiento, antes de cada viaje; entrega al maquinista, revisión por éste, en cuanto hace a su provisión de agua, aceite, combustible y demás implementos necesarios para la marcha normal de la máquina y la seguridad previsible en los viajes; b) en concreto, la concurrencia de estas circunstancias en el viaje ordinario de las 7:30 del día 27 de diciembre de 1941, en que actuaban como maquinista y fogonero Mozo y Altamar, respectivamente; y c) el hecho de que la locomotora número 29, el día del accidente, emprendía el primer viaje después del 22 de diciembre de 1941, fecha en que entró a reparación en los talleres de la Empresa.

Estimó el Tribunal comprobados estos hechos, con los elementos demostrativos consistentes en las certificaciones de los empleados encargados de las secciones técnicas y de mecánica de la empresa, inspección ocular, dictámenes periciales y declaraciones de testigos, componentes del haz probatorio traído al juicio; y de ellos dedujo varias presunciones de hecho, que en su conjunto constituyen o vienen a constituír una prueba indiciaria, que a su vez, estima evidencia, por un lado, la ausencia de culpa por parte del maquinista y del fogonero en el acaecimiento del accidente; y por otro, la culpa de la Compañía demandada, en grado de descuido, negligencia o falta de vigilancia en la reparación, alistamiento o preparación de las máquinas, y concretamente, en la de la locomotora número 29, antes de emprender el viaje ordinario del día 27 de diciembre de 1941.

Prueba de "prima facie", como la denominan los expositores, admisible en el régimen probatorio de la culpa extracontractual, por la dificultad o imposibilidad de obtenerse la

directa por el damnificado, y justificada por doble razón: por la práctica de que de no hacerse así, se colocaría al perjudicado en situación de indefensión contra el daño, y por la jurídica-legal de constituir una presunción de hecho con arreglo a lo dispuesto por los arts. 66, inciso primero; 1768, inciso tercero, del C. C., y que permite aceptar la contraprueba de hechos que desvirtúan esa probabilidad o verosimilitud, por cuanto una cosa es que la culpa no se presuma en estos casos y deba probarse, y otra muy distinta, cómo tiene que probarse, y la presunción de hecho es, sin lugar a dudas, un medio probatorio no prohibido, esto es, permitido en la de la culpa aquiliana.

En estos casos, lo que acontece es que se proporciona un medio accesible para la demostración de la culpa, permitiendo el uso de presunciones de hecho, que aligeran la carga de la prueba de quien debe suministrarla. No hay exoneración de esa carga, sino un medio de facilitarla, pues ella continúa a cargo de la misma parte que legalmente deba darla.

Puede suceder que en algunos casos la facilidad en el empleo de las presunciones equivalga prácticamente a la exoneración, pero esto no obsta para que las posiciones, jurídicamente consideradas, continúen siendo distintas. Lo propio sucede con la aplicación de la legal de culpabilidad, consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, donde en realidad de verdad no hay exoneración de la prueba de la culpa, sino que dado el hecho conocido de la peligrosidad de ciertas actividades, la ley permite el medio de la presunción de culpabilidad para demostrar aquélla, lo mismo que la contraprueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención del elemento extraño, para destruírla, que en la práctica conduce a la exoneración.

2.—Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones sustantivas, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella un fundamento que no ha sido atacado en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y él es suficiente para sustentar el fallo acusado.

3.—El error de hecho en la apreciación de la prueba a que se contrae el inciso segundo del artículo 520 del C. J., no surge de la divergencia de conceptos o criterios: entre el del sentenciador y el del recurrente, en esa apreciación, sino cuando la del primero contraría manifiestamente la realidad procesal, pues si siquiera producese alguna duda, entonces el juzgador no incurre en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto primero de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Regina Graciane, en su propio nombre y en el de sus menores hijos Eduardo y María Mozo, demandó ante el Juzgado del Circuito Civil de Santa Marta, a The Santa Marta Railway Company Limited, con domicilio en esa ciudad, para que con su audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que The Santa Marta Railway Company Limited es civilmente responsable de la muerte de José María Mozo, ocurrida en esta ciudad el día veintisiete (27) de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941); y como consecuencia:

"b) Que The Santa Marta Railway Company, Limited, arrendataria del Ferrocarril Nacional del Magdalena, está obligada a pagarme los perjuicios que he sufrido personalmente y que han sufrido mis menores hijos Eduardo y María Mozo que fueron también de José María Mozo; y no sólo tales perjuicios sino los que ellos y yo podamos sufrir en todo tiempo. Tales perjuicios que deben comprender tanto los materiales como los morales se fijarán en el curso de este proceso, o conforme al procedimiento establecido en el Código Judicial; y

"d) Que The Santa Marta Railway Company, Limited, arrendataria del Ferrocarril Nacional del Magdalena está obligada a cubrirme las costas de este juicio, incluída la correspondiente agencia en Derecho".

Para lograr las anteriores declaraciones se consignaron en el libelo como hechos fundamentales los siguientes:

"1º José María Mozo en el año de mil novecientos cuarenta y uno (1941) era empleado de The Santa Marta Railway Company, Limited, y

prestaba a ella sus servicios como maquinista de primera clase.

"2º El día veintisiete (27) de diciembre del año referido, José María Mozo, manejando la locomotora número 29 conducía el tren ordinario de pasajeros que salió a las siete y media de la mañana desde esta ciudad con dirección hacia el sur.

"3º Más allá del puente denominado "El Mayor" sobre el río Manzanares, en el kilómetro seis (6) entre la ciudad y la Estación de Gaira, la caldera de la locomotora que conducía Mozo estalló por falta de agua y el vapor o aire comprimido caliente le produjo grandes quemaduras y maltratamiento.

"4º José María Mozo fue trasladado al Hospital de la Magdalena Fruit Company en Santa Marta inmediatamente, pero unas cinco (5) o seis (6) horas después del accidente murió en aquel establecimiento a consecuencia de las quemaduras y maltratamiento producidos en el accidente.

"5º El alistamiento de la máquina o locomotora lo verifica un empleado de The Santa Marta Railway Company, Limited, a quien en el argot ferroviario se le denomina "prendedor", quien está en la obligación de prepararlas debidamente para ponerlas en marcha por los maquinistas.

"6º Los maquinistas no se entienden ni se encargan del alistamiento de las locomotoras y por ese motivo el veintisiete (27) de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno (1941) día del mencionado accidente, la locomotora número 29 que manejaba ese día José María Mozo debió ser alistada o arreglada por José Pumarejo como prendedor.

"7º La falta de agua en la caldera de la máquina, cuya omisión produjo la catástrofe, debióse a negligencia, descuido u olvido del "prendedor" José Pumarejo —empleado de la citada empresa— o a la obstrucción del tubo que conduce el agua a la caldera, por hallarse éste en mal estado.

"8º José Pumarejo era empleado de The Santa Marta Railway Company, Limited, arrendataria del Ferrocarril Nacional del Magdalena, en diciembre de 1941.

"9º José María Mozo en la época del accidente tenía un sueldo de ciento sesenta y seis pesos con cincuenta centavos ($ 166.50) como empleado de The Santa Marta Railway Company, Limited.

"10. José María Mozo el día de su fallecimiento tenía cincuenta y un (51) años de edad.

"11. El cadáver de José María Mozo fue conducido a su hogar, o sea el formado por él y por mí, mujer suya, con quien conviví desde octubre de mil novecientos treinta y siete (1937) y tuvimos dos hijos: uno de cuatro años y otro de diecinueve meses, llamados Eduardo y María. Además, yo estaba encinta el día del accidente.

"12. Los gastos domésticos no eran menores de noventa pesos ($ 90.00) mensuales, que José María Mozo me entregaba cada mes y que sus hijos y yo usufructuábamos para su propia subsistencia y para los gastos congruos de nuestro hogar.

"13. Antes del suceso narrado en el numeral 4º de este libelo, José María Mozo no sufría de enfermedad alguna y la única causa de su muerte fue la del accidente expresado.

"14. Durante la existencia de José María Mozo ni nuestros hijos ni yo nos vimos privados del dinero suficiente para atender los gastos domésticos y los personales; pero con su fallecimiento ocurrido exclusivamente por culpa de la Compañía que demando, he sufrido ese luctuoso acontecimiento con toda clase de rigores que me han azotado, pues mis hijos ni yo hemos tenido siquiera para los alimentos".

La demanda fue contestada admitiendo algunos hechos, negando otros, como el derecho invocado y excepcionando de carencia de acción en los demandantes, y culminó la primera instancia con la sentencia de 6 de septiembre de 1945, que decidió:

"1º Declárase que The Santa Marta Railway Company, Limited, sociedad anónima extranjera, cuya característica quedó precisada en la parte motiva de este fallo, es civilmente responsable de la muerte del maquinista José María Mozo acaecida el día veintisiete (27) de diciembre de 1941 al explosionar (sic) la caldera de la locomotora número 29 que conducía el tren de la mencionada Compañía, estando Mozo al servicio de dicha Empresa Ferroviaria, arrendataria del Ferrocarril Nacional del Magdalena.

"2º Condénase a la citada Compañía The Santa Marta Railway Company, Limited, a pagar a los menores demandantes Eduardo y María Mozo, como indemnización por los perjuicios materiales por ellos sufridos por la muerte de su progenitor José María Mozo, y de que es civilmente responsable la compañía, la suma que se determine en la ejecución de esta sentencia sobre las bases precisadas en la parte motiva de este fallo.

"3º Absuélvase a la Compañía citada The Santa Marta Railway Company, Limited, de pagar indemnización alguna a la demandante señora Regina Graciane.

"4º No hay lugar a condenar a la citada Com-

pañía The Santa Marta Railway Company, Limited, al pago de perjuicios morales.

"5º No prospera la excepción de carencia de acción.

"6º Sin costas".

De este fallo apelaron las partes para ante el Tribunal Superior de Santa Marta, pero por circunstancias que no es del caso anotar aquí, sólo quedó vigente el recurso interpuesto por la Compañía demandada, y bajo esta consideración, aquella Entidad decidió el recurso en sentencia de cinco (5) de mayo de 1949, confirmatoria en todas sus partes de la del inferior. Para esta confirmación adujo:

"Respecto a la legitimación en causa, por tener íntima vinculación con la personería sustantiva, no es objeto de estudio aparte, pues basta que se considere que la demandante haya acudido ante las autoridades jurisdiccionales en busca de la protección de un derecho que ella cree cobijado de un interés para obrar, legítimo en cuanto se trata también de implorar amparo para el derecho de sus hijos que dice hubo con el occiso, ante la responsabilidad que ella presume le toca a la Empresa demandada con motivo del accidente férreo ocurrido. Pide, pues, en calidad de concubina y de madre natural de sus dos hijos a quienes considera que les aprovecha la indemnización de perjuicios a que hubiere lugar".

"Acción

"Tratándose, como en realidad se trata, de una acción judicial incoada para obtener una indemnización de perjuicios con fundamento en una responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, tres son los elementos llamados a demostrar para conseguir el fin propuesto: a) culpa en el demandado; b) perjuicios o daño, y c) relación entre aquélla y éstos.

"'Ante todo conviene destacar un hecho protuberante comprobado en el expediente: la muerte violenta del maquinista José María Mozo acaecida el día 27 de diciembre de 1941 al explotar la caldera de la locomotora número 29 que conducía el tren de pasajeros a cinco kilómetros de la estación de Santa Marta. Este es un hecho perfectamente aceptado, por lo cual se ha de decir:

"'¿Es rseponsable civilmente de este accidente la Compañía del Ferrocarril? En caso de resultar responsable debe pagar perjuicios materiales a los menores Eduardo y María Mozo, si en realidad de verdad hubo daño?

Perjuicio o daño

"Consta en el expediente, según se comprueba con las declaraciones de los testigos Julio Cordero, Israel Campo, Raquel Hernández, Petronila Jiménez y Juana González, que la demandante Regina Graciane, hizo públicamente vida marital y convivió con el finado José María Mozo desde 1937 —dicen unos y otros desde mucho tiempo atrás— de cuya unión tuvieron dos hijos llamados Eduardo y María Mozo, a quienes siempre trató Mozo, como a sus hijos, proveía a sus necesidades, suministrando dinero para sus gastos. Los testigos deponen como vecinos que fueron de ellos.

"Deponen asimismo los testigos —por propia percepción— acerca del estado de miseria en que los expresados menores han quedado después de la muerte de Mozo.

"Es pues cierto y evidente, que los citados menores han perdido el beneficio del dinero que recibían de quien los había procreado. Lo que constituye en concepto del Juzgado, una lesión a su patrimonio material económico, es decir, un daño de esa clase por la culpa de la entidad demandada.

"El Juzgado por lo tanto, considera que dichos menores han sufrido con la muerte de su progenitor señor José María Mozo, una lesión indiscutible en su patrimonio material. No participa el Juzgado de la tesis absoluta sostenida por el señor abogado defensor de la Compañía demandada, de que sólo los derechos legalmente protegidos, dan acción para reclamar indemnización de perjuicios a los lesionados, cuando se trata de una culpa extracontractual o aquiliana.

"También la cesión o pérdida de un beneficio, que se venía recibiendo, no en virtud de un derecho legalmente protegido, sino con motivo de un ligamento de consanguinidad, **plenamente establecido en el hecho,** justifica y fundamenta el ejercicio de la acción que consagra el artículo 2341 del C. C., cuando esa cesación o pérdida del beneficio recibido tiene por causa el hecho culposo de un tercero.

"Para el Juzgado lo que legal y justicieramente da lugar a la indemnización, es el perjuicio sufrido en el patrimonio, es decir, lo que a éste lesiona o aminora. Para los efectos de la reparación, si el hecho culposo origina la pérdida de un derecho que tenga un valor económico, merece la reparación indemnizatoria, tanto por el derecho lesionado, como por el detrimento o menos-

cabo sufrido en el valor económico del objeto sobre que recae.

"La razón se halla, en que el daño aunque lesione derechos, no es reparable si no ocasiona perjuicios de orden económico. Esto cuando de daño material o patrimonial se trata. Es el patrimonio económico y no propiamente el jurídico el que se repara mediante la indemnización. Por eso la Corte Suprema de Justicia, ha sentado que el perjuicio material, es un concepto económico. Y que sólo cuando se acredita la pérdida o aminoramiento de bienes, que tengan un valor económico, procede la indemnización. Más que en el derecho legalmente protegido, la acción de indemnización encuentra fundamento en los hechos palpables y ciertos del perjuico económico inferido al patrimonio.

"Demostrado, pues, como lo ha sido en el proceso que los menores han sufrido una lesión en su patrimonio, consistente en haber dejado de recibir las sumas de dinero que periódicamente le suministraba José María Mozo a la madre de aquéllos, para la subsistencia y cuidado de ellos, la Sala encuentra justificada la tesis sostenida por el apoderado de los demandantes de que el artículo 2341 del C. C. tutela ampliamente el derecho de los menores a exigir que se les indemnice el perjuicio que les ha causado, toda vez que esta disposición legal, al conceder acción al que sufre un daño, por culpa de otro, para pedir a quien lo ha inferido la correspondiente indemnización de perjuicios, confiere ese derecho a los expresados menores, por encontrarse éstos precisamente en el caso que contempla esa norma jurídica.

"Acción, sustantivamente, es 'el derecho de exigir alguna cosa'. El artículo 2341 citado, como se dijo antes, **confiere ese derecho, independientemente de todo parentesco o ligamento de consanguinidad, a quien sufre el daño,** por el hecho culposo de otro, para exigir de éste la correspondiente indemnización de perjuicios. Luego, si los menores demandantes están en este caso, no se ve la razón justificativa que pudiera existir para desconocerles, como una excepción reglamentaria, ese derecho.

"En este juicio se ha demostrado que los menores demandantes recibían una pensión mensual que dejaron de recibirla con motivo de la muerte de Mozo, lo que indiscutiblemente le ha causado un daño o perjuicio cierto, fácilmente apreciable en dinero; asimismo está establecido que el hecho que daba lugar a la percepción de la pensión, no sólo no atenta contra **la ley, el orden público o** las buenas costumbres, sino que, al contrario, desde cualquier punto de vista que se le examine, tiene que reconocerse que se trata de una acción meritoria, de un noble procedimiento que debe alentarse y tratar de conservar en nuestra sociedad.

"Para reforzar estos puntos de vista, la Sala hace suyos los siguientes conceptos de los eminentes expositores Henri y León Mazeaud expuestos en su importante obra titulada 'Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual', en las páginas 145 y 146, Tomo Primero: 'Se admite, en efecto, la existencia de una obligación alimenticia entre los padres y los hijos naturales **cuya filiación se ha establecido regularmente**....'. 'La cuestión no es pues difícil sino en caso de que el hijo no haya sido reconocido o no haya tenido éxito en el proceso de investigación. Admitiendo que exista entre los padres y los hijos naturales no reconocidos una obligación alimenticia, tal obligación meramente natural, no es susceptible de cumplimiento forzoso. Se encuentra por tanto, en la situación de una persona no pariente que demanda reparación del perjuicio que el fallecimiento le cause. **Si el difunto desde hacía mucho tiempo atendía a las necesidades del hijo, podrá éste demostrar que existían serias probabilidades de que esa situación se hubiera prolongado'.**

"El hijo adulterino e incestuoso, **lo mismo que el hijo natural no reconocido, puede por tanto, obrando a título de extraño, obtener reparación del perjuicio que le cause la muerte de su autor, cuando este último atendía desde hacía largo tiempo a las necesidades del demandante'.**

"Por lo expuesto, la Sala encuentra acertada y la acoge como jurídica, la conclusión a que se llegó en la sentencia de primera instancia al sostener que 'es por tanto indiscutible la acción que tienen los menores citados, para demandar la indemnización correspondiente a los perjuicios sufridos. De donde se desprende, que no puede prosperar la excepción de carencia de acción, que al contestar la demanda propuso la Compañía demandada.

"La culpa

"La muerte de José María Mozo acaeció a virtud de un accidente ferroviario, consistente en la explosión de la máquina locomotora, que manejaba, como empleado de la Compañía demandada y que conducía el tren ordinario de pasajeros, que salió a las 7:30 de la mañana de la Estación

del Ferrocarril de esta ciudad, con dirección al Sur, el día 27 de diciembre de 1941.

"El accidente se produjo en el kilómetro 5 de la línea férrea, entre esta ciudad y la Estación de Gaira, pocos momentos después de su partida de Santa Marta, en la fecha indicada. Como resultado de la explosión de la locomotora, Mozo que era el maquinista, sufrió graves quemaduras que le produjeron la muerte horas después, el mismo día 27 de diciembre de 1941 en el Hospital de la Magdalena Fruit Company.

"Los demandantes imputan la explosión a culpa de la Compañía demandada. A su vez, ésta alega en su defensa que la culpa corresponde al maquinista Mozo y al fogonero, por no haber procedido con el cuidado y la diligencia que sus oficios requerían.

"El Juzgado procede a estudiar las pruebas aparejadas para resolver, si en verdad la culpa de la catástrofe, se debió a Mozo y a su compañero, en la dirección y manejo de la locomotora, que al estallar les produjo la muerte.

"Tanto la parte demandante como la demandada, sostienen y aceptan, que el accidente se produjo por la falta de agua en la caldera de la locomotora número 29 que conducía el tren ordinario a que se ha hecho referencia.

"Esa omisión fue de los encargados de manejarla y que fueron en realidad las víctimas del accidente?

"Al proceso, la Compañía ha traído además de algunos documentos, que contienen informes de carácter privado de empleados a su servicio, dictámenes de peritos que conviene analizar.

En seguida reproduce la sentencia el informe del "Hostler de Casa Redonda", señor José A. Pumarejo y el de su ayudante Fernando Miranda, para deducir: "De los informes transcritos se desprenden las siguientes conclusiones:

"a) Que la máquina número 29 desde las 4 de la mañana del día 27 de diciembre de 1941 fue 'prendida' y dotada del agua suficiente para trabajar, dejándole el cristal del nivel del agua en 3/4 a las seis de la mañana de dicho día.

"b) Que el fogonero Diego Altamar a las 6:25 de la mañana de ese mismo día, le alimentó la caldera nuevamente, poniéndole el inyector de agua del lado izquierdo y que proveyó a que se le llenara de agua el tanque de la misma locomotora.

"c) Que el mismo maquinista José María Mozo, a las 6:30 de la mañana al tomar su puesto en la máquina citada, la revisó y la aceitó.

"Por lo mismo, pues, la locomotora fue provista de agua oportunamente, antes de emprender el viaje que había de iniciar a las 7:30 de la misma mañana; y tanto el fogonero Altamar, como el maquinista Mozo cumplieron con el deber respectivo de proveerla de agua y de examinarla.

"Antes de emprender el viaje, no se puede, en consecuencia, atribuírle negligencia o falta en el cumplimiento de sus obligaciones, ni al fogonero Altamar, ni al maquinista Mozo.

"Es en el trayecto recorrido de 5 kilómetros de viaje y en el lapso de tiempo de diez (10) minutos, pues la máquina partió de la Estación de Santa Marta, a las 7:30 de la mañana y el accidente se verificó a las 7:40 (según aparece de los detalles que contienen los mismos informes comentados) en los que haya que analizar los hechos u omisiones del maquinista y fogonero, para poder atribuírles, como lo pretende la entidad demandada, la culpa de la catástrofe.

"Ahora bien, de lo ocurrido en ese corto trayecto y en tan poco tiempo, ninguna prueba se ha traído al proceso, de la cual se pueda colegir la culpa clara e indiscutible del maquinista Mozo y del fogonero Altamar. Todo parece indicar que la actitud y comportamiento de ellos fue la de costumbre en el manejo de la locomotora. Y antes, por el contrario, se puede presumir que después de la salida siguieron ellos cumpliendo con su deber, ya que en el recorrido de los 5 (cinco) kilómetros, inyectaron o trataron de inyectar nueva cantidad de agua a la caldera, como se desprende de haberse encontrado abierta la llave del inyector de agua, después del accidente. Al respecto, el señor Superintendente de Mecánica, en su informe que rinde después de haber examinado los restos de la locomotora. Aquí transcribe la sentencia el contenido del informe ya dicho, y continúa:

"La explosión fue por falta de agua en la caldera. En eso están conformes demandante y demandado, así como los técnicos de la misma Compañía demandada. Pero ya se ha visto por los informes comentados que el fogonero puso agua a la caldera a las 6:25 de la mañana, que la locomotora sólo vino a iniciar su viaje una hora después, o sea a las 7:30 de la misma mañana; que a las 7:40 a. m. o sea después de diez minutos, la caldera estalla; y que durante ese lapso de los diez minutos de viaje, volvió el fogonero a inyectar agua, o trató de inyectarla. Entonces cabe preguntar:

"¿Si se han tomado todas las medidas por el fogonero señor Altamar, para que a la caldera no le falte el agua, si le aplica en el espacio de una

hora y quince minutos dos veces el inyector del agua, permaneciendo la locomotora en receso durante una hora y cinco minutos, pues salió de viaje solamente a las 7:30 a. m. y diez minutos después estalla, podrá imputarse a abandono o descuido de éste y del maquinista Mozo, el accidente?

"Seguramente no. El Juzgado estima que la conducta de ellos por ese aspecto, no merece censura, ni puede tildarse de culposa.

"Si el accidente se produjo por la falta de agua en la caldera, no obstante haber los empleados antes designados, proveído a llenarla, esa omisión hay que atribuírla a un defecto interno y no explicado de la caldera, que ellos no estuvieron en aptitud de conocer con los exámenes que verificaron antes de iniciar el viaje fatal.

"La presunción del Juzgado, encuentra refuerzo, en la circunstancia de que la locomotora número 29 no era el primer viaje que emprendía después del 22 de diciembre de 1941, fecha en que se le sometió a reparación. Así se desprende del informe que el Inspector de Locomotoras, señor Laudelino Fernández, rinde y que reposa en el expediente.

"El día lunes 22 de diciembre de 1941, viajó la locomotora número 29 en el tren número 51/22 conducida por el maquinista José María Mozo y el fogonero Diego Altamar. Al regreso de este viaje el maquinista J. M. Mozo entregó su locomotora con este reporte: Máquina número 29 a las 4:45 p. m. Santa Marta, 22 de diciembre de 1941. La "B" de los zapatos del ténder partida. Arreglar los bronces de las bielas principales que están golpeando mucho, lo demás está bien. — J. M. Mozo'.

"Reparación hecha en el Cobertizo: El día 24 de diciembre de 1941: lavado de la caldera por Carlos M. Zarraga, lavador interino; ayudante Agustín Mindiola'.

"Se hicieron además otras reparaciones de que da cuenta el informe.

"'Ahora bien, entre las reparaciones está el lavado de la caldera. Y es por tanto presumible, que de esa operación de la caldera, quedara algún defecto interno, que permitió que el agua que se proveyó a la máquina número 29, como ya se ha visto, se escapara antes del tiempo indispensable, para proveerla nuevamente, de ese necesario elemento.

"En tales circunstancias, ninguna culpa puede atribuírse al maquinista Mozo, ni a su ayudante el fogonero Altamar. Y continúa pesando, por consiguiente sobre la Compañía demandada, la presunción de responsabilidad o de culpa de que trata el artículo 2356 del C. C. Obsérvese que de conformidad con este artículo, según la interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia, las actividades que llevan en su desarrollo cierta peligrosidad, y de que son ejemplo las industrias de transporte férreo y automotores, relevan a la víctima del accidente, de la carga de la prueba quedando de parte de los empresarios de esa clase de actividades, demostrar que el hecho dañoso se cumplió por fuerza mayor, o caso fortuito, o debido a la intervención de un elemento extraño.

"La Compañía demandada, ha querido demostrar en el caso de autos, que el accidente se debió a culpa del maquinista Mozo y del fogonero Altamar, pero como se ha dejado ya establecido, no hay en la conducta de ellos, hecho u omisión comprobados, de los cuales se desprenda razonablemente la imputación de una culpa.

"De los informes, que los peritos rindieron, tampoco puede desprenderse fundadamente cargo alguno contra el maquinista Mozo y su ayudante el fogonero Altamar. Es de observar en primer término, que los peritos que actuaron en el juicio no tuvieron la ocasión de haber examinado la locomotora inmediatamente, después del accidente. Si acaso lo hicieron fue después de transcurrido más de un año de que ese hecho se cumplió. Sus informes, son más bien conceptos u opiniones acerca del conocimiento que tienen ellos del manejo de las locomotoras. Pero en manera alguna versan en concreto sobre lo acaecido, realmente a la locomotora número 29, ya que ésta no fue examinada por ellos, inmediatamente después del accidente, como ya se ha dicho. Por eso el Juzgado se ha referido en primer término, a los informes de los empleados de la Compañía demandada, porque ellos sí tuvieron ocasión de haber visto la locomotora inmediatamente antes del accidente e inmediatamente después de acaecido éste.

"Los puntos mismos del cuestionario sobre que rinden informes los peritos están indicando que los dictámenes de éstos en muy poco han de influír para la determinación de la culpabilidad del maquinista Mozo y del fogonero Altamar. A excepción del punto e) en que se pregunta que 'cuáles fueron las causas que ocasionaron la explosión de la caldera de la locomotora número

29, yendo en viaje, ocurrida el 27 de diciembre de 1941, en el kilómetro número 5, los demás puntos del interrogatorio versan sobre los deberes de los alistadores de las máquinas; de cómo deben ser éstas recibidas; y de lo que cumple hacer al maquinista y fogonero al recibirlas. Cuestiones éstas, abstractas en relación con el asunto debatido, porque de ningún modo se ha logrado demostrar que el maquinista Mozo y su ayudante, no hubieran cumplido con sus respectivos deberes. Ni los peritos lo han establecido, ni en el expediente existe prueba que lo acredite. En seguida se reproducen algunos conceptos de los peritos Guerrero, Bustos y Garrido para deducir:

"Como se ve los tres peritos están acordes en que la explosión se debió a la falta de agua en la caldera, según lo que ya hemos visto. Falta que por otra parte, ni imputan ni podía ser imputable a los encargados de manejarla, aunque el perito Bustos designado por la Compañía demandada, quiere darle una importancia excepcional al uso de la llamada válvula de prueba, como sugiriendo que el maquinista Mozo, ni la puso en acción para establecer la cantidad de agua que realmente contenía la caldera, en el trayecto ya conocido y durante los diez minutos de viaje. Pero los dos peritos restantes, conformes están en que no es indispensable el uso o funcionamiento de las citadas válvulas, sino sólo cuando hay sospecha de que el indicador de nivel no se halla en buen estado. Pero es más, los dos peritos, el designado por el demandante y el perito tercero, sostienen en forma concluyente que si los fusibles de seguridad de la locomotora hubieran estado en buenas condiciones, la explosión de la locomotora no se hubiera cumplido porque precisamente la misión de esos fusibles es evitar las explosiones por carencia de agua en las calderas de las locomotoras como ya ha sucedido en algunas otras ocasiones en locomotoras de la misma Compañía.

"Este último concepto, conduce a reforzar la presunción formada por el Juzgado, de que ya se habló y consistente en que la caldera de la locomotora número 29, tenía algún defecto interno que permitió que el agua se le escapara, o no llegara a su destino, no obstante los esfuerzos hechos por el ayudante o fogonero Altamar, por proveerla oportunamente de ese elemento; o bien pudo suceder que la explosión se debiera a alguna otra causa que no se ha podido determinar. En el expediente reposa también una ampliación de los dictámenes de peritos, que en lo esencial se reducen a dejar establecido que con el agua que la locomotora número 29 tenía, sólo podía resistir un recorrido de cinco kilómetros, debiendo ser alimentada con agua nuevamente en ese trayecto. Pero toda posible culpa del maquinista y del fogonero por ese motivo, queda descartada, si se tiene en cuenta que la locomotora fue hallada con el inyector del lado izquierdo abierto, en actitud de alimentación de la caldera.

"El Juzgado admite en consecuencia, la culpa de la Compañía demandada, en el accidente desgraciado que produjo la muerte del maquinista de la locomotora número 29 señor José María Mozo, ya que no ha sido desvirtuada la presunción de responsabilidad que sobre ella gravita.

"A lo expuesto en la sentencia de primera instancia, sobre responsabilidad de la Compañía demandada, sólo vale la pena observar que, habiendo quedado establecido que, tanto el fogonero Altamar como el maquinista Mozo, al recibir la locomotora número 29 el día del accidente, la revisaron, la aceitaron, le alimentaron la caldera, poniendo el inyector de agua del lado izquierdo y que además, hicieron que llenaran de agua el tanque de la misma locomotora, no se puede en justicia sostener razonablemente que hubo negligencia, descuido o falta en el cumplimiento de sus obligaciones, o que corresponde a éstos la culpa del accidente, único caso en que la Compañía demandada quedaría eximida o exenta de toda responsabilidad.

"Algo más, si a lo dicho se añade que la llave del inyector del agua del lado izquierdo se encontró abierta después del accidente, lo que indica que aún en el momento de la catástrofe los empleados mencionados cumplieron con las funciones a su cargo, proveyendo o tratando de proveer de agua suficiente a la caldera, es justo que quien explota en su provecho actividades que por su naturaleza son peligrosas, como los ferrocarriles, debe asumir las consecuencias de su explotación de indemnización a la víctima, el perjuicio sufrido.

"Planteada la cuestión jurídica en esta forma, que es la que ajusta a la realidad probatoria en el proceso, no le toca a la víctima que en la ejecución de las funciones a su cargo se causó el daño, probar la culpa de la Compañía, como sostiene el distinguido abogado de la empresa demandada. Es a esta entidad a la que corresponde desvirtuar la presunción de responsabilidad que pesa sobre ella, establecida por el artículo 2356 del C. C.

"Ante las dificultades y muchas veces la imposibilidad que ordinariamente se presenta para que la víctima del daño demuestre la culpa del

demandado, se acudió al sistema de las presunciones, en virtud del cual, no sólo se presume que el demandado cometió la falta, sino que se considera que el que creó el riesgo es además responsable del daño causado y por lo mismo debe repararlos, salvo que demuestre que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, en casos como el que se contempla en este juicio.

"De acuerdo con esta teoría, el que explota una actividad peligrosa, y causa un daño, aunque en ello no tenga la culpa, debe soportar sus consecuencias y responder de los perjuicios. Para que el demandado pueda exonerarse de la responsabilidad debe probar que el daño no es imputable a su negligencia o descuido, esto es, que la fuente del daño no se encuentra en la actividad o explotación en que éste se originó, sino en una fuerza extraña: como caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima o al hecho de un tercero. Y esto es así, en la explotación de las vías férreas, ya se trate de un pasajero, de un empleado o de cualquier otra persona. Y con mayor razón tratándose de un empleado pues hoy esta responsabilidad tiene un mayor campo de aplicación con fundamento en los preceptos legales que obligan al patrón a indemnizar al obrero que sufre un daño.

Pero aún admitiendo, en hipótesis, que para el caso contemplado en este pleito no tuviere aplicación la tesis de la presunción de culpabilidad de la empresa demandada, que encuentra apoyo como se ha visto en el artículo 2356 del C. C., es lo cierto que el Tribunal encuentra además, configurada con caracteres de plena prueba, culpa directa de la empresa demandada en la producción del accidente de la locomotora que ocasionó la muerte del maquinista Mozo que la conducía. En efecto: dos de los peritos que intervinieron como auxiliares de la justicia durante la práctica de las pruebas del juicio han llegado a la conclusión uniforme y fundamental de que si los "fusibles de seguridad de la locomotora" hubieran estado en buenas condiciones, la explosión de la locomotora no se hubiera cumplido porque precisamente la misión de esos fusibles es evitar las explosiones por carencia de agua en las calderas de las locomotoras, como ya ha sucedido en algunas ocasiones en locomotoras de la misma Compañía".

De modo que según la conclusión a que los peritos llegan la explosón de la locomotora no se hubiera producido aunque ésta no hubiera estado provista de la cantidad de agua necesaria para su funcionamiento, si los fusibles de seguridad se hubieran encontrado en buenas condiciones de servicio, porque precisamente la misión de esos fusibles es evitar esa clase de catástrofes.

Ahora bien: si los fusibles de seguridad se encontraban dañados o no fueron reparados convenientemente cuando la locomotora fue llevada al taller de reparaciones de la Compañía demandada para que allí se le hicieran las reparaciones que necesitaba para su correcto funcionamiento y sin estar debidamente arreglados los fusibles de seguridad fue entregada con ese desperfecto al maquinista Mozo para que iniciara el viaje en que diez (10) minutos más tarde después de haberlo iniciado había de producirse la explosión que fue la causa de su muerte, explosión que se produjo como dicen los peritos porque los fusibles de seguridad se hallaban en mal estado y no funcionaban, entonces para el Tribunal es obvio que la culpa, o mejor, que la omisión en el arreglo o reemplazo de esos fusibles es de la Compañía demandada; porque es a ella a quien correspondía hacer esas reparaciones por medio de los empleados técnicos de sus talleres y no al maquinista a quien se le entregó la locomotora con ese desperfecto, posiblemente no apreciable a primera vista.

En consecuencia, el Tribunal concluye que está comprobada la culpa directa de la empresa en la producción del accidente. Y de esa culpa debe ella responder civilmente a los demandantes.

En cuanto al monto de los perjuicios, su regulación y fijación, el Tribunal ordenó estarse a lo dispuesto en los artículos 480 y 553 del C. J., y a las bases que para tal fin señala.

El recurso

La Compañía demandada, recurrió en casación de la sentencia del Tribunal de Santa Marta. Sustanciado debidamente el recurso, la Sala entra a decidirlo.

Está fundado el recurso en la causal primera del artículo 520 del C. J. La impugnación al fallo. es por ser violatorio de la ley sustantiva por varios extremos, que se concretan en cinco cargos, los cuales se estudian en seguida:

Cargo primero.—El planteamiento del cargo, lo sintetiza el recurrente así:

"El Tribunal, al decidir este pleito con fundamento en la disposición del artículo 2356 del Código Civil, aplicó indebidamente tal disposición y, así, la quebrantó junto con el artículo 2341 del mismo Código.

"En consecuencia, el fallo viola las siguientes

disposiciones legales:

"a) Artículo 2356 del Código Civil por haberlo aplicado, sin ser aplicable;

"b) Artículo 2341 del Código Civil por no haberlo aplicado correctamente;

"c) Artículo 1757 del Código Civil por haber decidido, contra lo que ese texto dispone, que a la parte actora no le corresponde la prueba de la culpa atribuída a la parte demandada".

Para sustentar este reparo se aduce que el Tribunal considera "en el caso de que se trata, la culpa de la Compañía demandada se presume de conformidad con la doctrina consagrada en el artículo 2356 del Código Civil"; que tal disposición "no reza entre la Empresa y sus empleados y dependientes, que la integran", de acuerdo con varios fallos de esta Corporación, de los cuales se transcriben unos y se citan otros.

Se considera:

Como soportes de la sentencia impugnada, y en lo concerniente a la determinación del elemento culpa, se consignan en ella dos fundamentos, principal uno, y subsidiario el otro. El primero comprende las declaraciones de hecho relacionadas con el accidente-explosión de la caldera de la locomotora número 29, al servicio de la empresa demandada, acaecido a las 7:40 a. m. del día 27 de diciembre de 1941, cuando hacía su viaje ordinario, para deducir de ellas la doble presunción de hecho de falta de culpa del maquinista Mozo, y su existencia en la Compañía; el segundo se refiere a la aplicación del medio de prueba específico de la presunción legal de culpa, que contiene la doctrina del artículo 2356 del C. C., contra la empresa, por ocuparse en actividades calificadas de peligrosas, y haber descartado, previamente, la culpa de la víctima.

Estudia el Tribunal, los elementos traídos a los autos dentro de los respectivos términos probatorios, a solicitud de las partes, para evidenciar: a) la forma de reparación de las máquinas en los talleres de la Empresa, su preparación y alistamiento, antes de cada viaje; entrega al maquinista, revisión por éste, en cuanto hace a su provisión de agua, aceite, combustible y demás implementos necesarios para la marcha normal de la máquina y la seguridad previsible en los viajes; b) en concreto, la concurrencia de estas circunstancias en el viaje ordinario de las 7:30 a. m. del día 27 de diciembre de 1941, en que actuaban como maquinista y fogonero Mozo y Altamar, respectivamente; y c) el hecho de que la locomotora número 29, el día del accidente, emprendía el primer viaje después del 22 de diciembre de 1941, fecha en que entró en reparación en los talleres de la Empresa.

Estimó el Tribunal comprobados estos hechos, con los elementos demostrativos consistentes en las certificaciones de los empleados encargados de las secciones técnicas y de mecánica de la Empresa, inspección ocular, dictámenes periciales y declaraciones de testigos, componentes del haz probatorio traído al juicio; y de ellos, dedujo varias presunciones de hecho, que en su conjunto constituyen o vienen a constituir una prueba indiciaria, que a su vez, estima evidencia, por un lado, la ausencia de culpa por parte del maquinista y del fogonero en el acaecimiento del accidente; y por otro, la culpa de la Compañía demandada en grado de descuido, negligencia o falta de vigilancia en la reparación, alistamiento o preparación de las máquinas, y concretamente, en la de la locomotora número 29, antes de emprender el viaje ordinario del día 27 de diciembre de 1941.

Prueba de "prima facie", como la denominan los expositores, admisible en el régimen probatorio de la culpa extracontractual, por la dificultad o imposibilidad de obtenerse la directa por el damnificado, y justificada por doble razón: por la práctica de que de no hacerse así, se colocaría al perjudicado en situación de indefensión contra el daño, y por la jurídica-legal de constituir una presunción de hecho con arreglo a lo dispuesto por los artículos 66 —inciso primero—, 1768 —inciso tercero— del C. C., y que permite aceptar la contraprueba de hechos que desvirtúen esas probabilidades o verosimilitud, por cuanto una cosa es que la culpa no se presuma en estos casos y deba probarse, y otra muy distinta, cómo tiene que probarse, y la presunción de hecho es, sin lugar a dudas, un medio probatorio no prohibido, esto es, permitido en la de la culpa aquiliana.

En estos casos, lo que acontece, es que se proporciona un medio accesible para la demostración de la culpa, permitiendo el uso de presunciones de hecho, que aligeran la carga de la prueba de quien debe suministrarla. No hay exoneración de esa carga, sino un medio de facilitarla, pues ella continúa a cargo de la misma parte que legalmente deba darla.

Puede suceder que en algunos casos, la facilidad en el empleo de las presunciones, equivalga prácticamente a la exoneración, pero esto, no obsta para que las posiciones, jurídicamente consideradas, continúen siendo distintas. Lo propio sucede con la aplicación de la legal de culpabilidad

consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, donde en realidad de verdad, no hay exoneración de la prueba de la culpa, sino que dado el hecho conocido de la peligrosidad de ciertas actividades, la ley permite el medio de la presunción de culpabilidad para demostrar aquélla, lo mismo que la contraprueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención del elemento extraño, para destruírla, que en la práctica conduce a la exoneración.

Como segundo soporte del fallo —y podría afirmarse que presentado subsidiariamente, con empleo de una forma impropia en la exposición, pero que no afecta su sentido, el sentenciador aúna al funcionamiento de la doble presunción de hecho, que había deducido, la específica de culpabilidad, que la jurisprudencia ha visto y extraído de la doctrina del artículo 2356 del C. C., operante contra las personas en general, y particularmente, contra las empresas que se ocupan en actividades calificadas de peligrosas, y que la misma jurisprudencia, ha negado su aplicación en los juicios de indemnización por accidentes en que los empleados o dependientes de las empresas se causan daños en los momentos en que actúan, en cuyo caso se exige que las víctimas deben probar la culpa del empleador, para fundar el derecho a la reparación.

Y se dice que el sentenciador empleó una forma impropia en la exposición, porque en realidad, lo que quiso fue complementar la doble presunción ya establecida, con la situación de hecho, en que el daño proviene tanto de la culpa del demandado como del hecho no culposo de la víctima, puesto que en el proceso de examen y valoración de la prueba, ya había descartado la culpa del maquinista y la del fogonero, quitándole así, definitivamente, el carácter de causa principal del daño a la actividad de éstos, y ubicándola exclusivamente en la de la Empresa, por su calidad intrínseca de peligrosa, caso en el cual la doctrina y la jurisprudencia han aceptado el funcionamiento de la presunción legal del artículo 2356 y la responsabilidad plena del demandado

A lo que hay que agregar, por otro aspecto de la cuestión, que sólo el último fundamento de la sentencia ha sido motivo de ataque a través del cargo que se estudia, lo cual, enerva la posible eficiencia de éste, aún en el evento de que la Corte así lo reconociera, pues el otro fundamento, no atacado, es bastante para sustentar y darle firmeza a la decisión recurrida.

A este respecto, la jurisprudencia de la Corte es que:

"Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones sustantivas, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella un fundamento que no ha sido atacado en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y él es suficiente para sustentar el fallo acusado". (Casaciones de 7 de septiembre de 1918; 5 de junio de 1951, Tomos XXVI y LXIX, respectivamente).

No se admite el cargo.

Segundo cargo. — Reproduce el recurrente en este cargo los apartes del fallo relacionados con la determinación de la culpa, que le atribuye a la Compañía demandada y algunos conceptos de los peritos, consignados en la ampliación del dictamen, y sintetiza el reparo así:

"El Tribunal dejó de apreciar estas exposiciones de los peritos que se encuentran a los folios 56 del C. de Pruebas del demandado.

Incurrió así en error de hecho en la apreciación de los dictámenes periciales.

A consecuencia del anotado error de hecho la sentencia viola las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del C. C. por indebida aplicación al caso del pleito".

Se considera:

Sobre dos argumentos descansa el desarrollo de este segundo cargo:

1º Que del concepto de los peritos a que alude el sentenciador, no surge la base de la decisión de que hubo culpa en la Compañía demandada, porque tal concepto fue rectificado por los mismos peritos, y 2º que en las mismas exposiciones aclaratorias de los dictámenes periciales, expresamente aseveran los peritos que el accidente fue debido a culpa de la víctima, y hubo, por tanto, error de hecho en la apreciación de esos elementos probatorios.

Salta a la vista que en la sentencia acusada no se han dejado de apreciar los elementos probatorios a que el cargo alude, situación en la cual, sí cabría la tacha de error de hecho en su apreciación. Pero no ha sido ésa la labor que el Tribunal realiza respecto de esas probanzas, sino que al estimarlas, las considera como elementos de refuerzo de la firmeza de las presunciones deducidas de los hechos comprobados con todo el haz probatorio traído al juicio. Así, ellos no fueron estimados como prueba pericial, propiamente dicha, ni avaluados en esa forma externa caracte-

rística de este medio de prueba, como lo pretende el recurrente, sino en la de que constituyen, o vienen a constituir con los otros elementos, en su conjunto, una prueba indiciaria, que evidencia los hechos alegados por el actor como fundamento de la acción intentada. Medio de prueba con el cual se demostró, que hubo hechos positivos delatores de que el accidente de que fue víctima el maquinista Mozo, por la explosión de la caldera de la locomotora número 29, obedeció a descuido, negligencia o falta de vigilancia de la Compañía y que aquél —el maquinista— puso todo su empeño en que el viaje se efectuara en la forma ordinaria, con regularidad y con toda la seguridad previsible para estos casos, esto es, la ausencia de su parte, de culpa.

Por otro lado, no habiendo presentado la Empresa demandada, prueba alguna que contradiga los hechos positivos de donde dedujo el Tribunal la doble presunción de que en el accidente hubo ausencia de culpa en las actividades del maquinista Mozo, por una parte, y la existencia de esta culpa en la Compañía, por otra, es de rigor reconocer que el sentenciador no incurrió en el error de hecho manifiesto que le imputa el recurrente, mas, si por otro aspecto de la cuestión, se tiene en cuenta, que, "la fuerza vinculante de un experticio, en todo caso y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido nunca aceptada por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del C. J., que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente". (Casación de 27 de febrero de 1952. Tomo LXXI).

En el caso de autos, el sentenciador usó de la doctrina de los artículos 722 y 723 citados, para el análisis y valoración de los fundamentos del dictamen pericial en referencia, y con ese criterio, fijó su alcance probatorio que ya se dejó explicado. En tal virtud se rechaza el cargo.

Tercer cargo.—En este cargo, sostiene el recurrente, en síntesis, que el Tribunal incurrió en grave error de hecho al dejar de apreciar las exposiciones de los peritos Julián Guerrero, Victorino Garrido e Ismael Camacho —folios 20 y 56, cuadernos de pruebas del demandado y demandante, respectivamente— de donde se desprende:

"Que la explosión fue ocasionada por falta de agua en la caldera;

"Que el maquinista Mozo no cumplió con la obligación que le correspondía de suministrar agua a la caldera a medida que fuera necesitándose;

"Que una vez seca la caldera era gravísima imprudencia surtirla intempestivamente de agua;

"Que el maquinista Mozo ha debido apagar el fuego y apagar la máquina;

"Que en consecuencia, la víctima incurrió no en una sino en varias y graves imprudencias".

Y que, "a consecuencia de ese error la sentencia viola la disposición del artículo 2341 del C. C., por aplicación indebida. Viola también la disposición del artículo 2357 de la misma obra por no haberlo aplicado siendo aplicable para declarar con fundamento en ella que en el caso de que se trata existía compensación de culpas en el supuesto de que alguna culpa pudiera atribuírsele a la Compañía demandada".

Se considera:

Dos extremos contiene este reparo: violación por aplicación indebida del artículo 2341 del C. C., como consecuencia del error de hecho en que incurrió el sentenciador en la falta de apreciación de las exposiciones periciales, y del artículo 2357 de la misma obra, por falta de aplicación al no declarar la sentencia con fundamento en ella la compensación de culpas.

Este cargo en el fondo, no es sino el mismo señalado como segundo, con la adición de la falta de aplicación del artículo 2357 del Código Civil. En relación con el primer extremo, ya fue considerado en el análisis del cargo anterior y en ese estudio se precisó el alcance y valoración que el sentenciador dio al dictamen pericial y la imposibilidad en que estuvo de incurrir en error de hecho en su apreciación, por lo que son pertinentes aquí, las razones que allí se dieron para rechazarlo.

En cuanto concierne al reparo adicional, también se vio cómo del haz probatorio traído a los autos y del cual forma parte el dictamen pericial atacado, el Tribunal dedujo la doble presunción de hecho de ausencia de culpa en el maquinista Mozo y en el fogonero Altamar, por no desprenderse de ningún elemento la existencia de un descuido, imprudencia, imprevisión o error de conducta manifiesto por parte de ellos; antes bien, estimó evidenciado que habían tomado todas las previsiones reglamentarias antes de emprender

el viaje. Y la culpa de la Compañía demandada en grado de negligencia o falta de vigilancia, y bajo la consideración de que cuando el daño proviene de la culpa del demandado y del hecho no culposo de la víctima, la responsabilidad del primero es plena, y sin que sea dable alegar exoneración parcial so pretexto de que parte del daño proviene de una causa extraña.

No hay pues, violación del mandato del artículo 2357 e hizo bien el Tribunal, al no darle aplicación a esta regla sobre compensación de culpas, puesto que ya había descartado la de la víctima.

No se admite el cargo.

Cuarto cargo. — Afirma el recurrente: "En el ordinal segundo de la parte resolutiva del fallo acusado se expresa que los menores Eduardo y María Mozo son hijos naturales de José María Mozo; y

Para respaldar esta aseveración transcribe apartes del salvamento de voto del Magistrado Armenta y continúa textualmente:

"De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 45 de 1936 'el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley. También se tendrá esta calidad respecto de la madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento...'. El artículo 2º de la misma Ley establece los casos en que puede declararse judicialmente la paternidad. Ahora bien: los menores demandantes ni fueron reconocidos ni obtuvieron declaración judicial de paternidad natural en la forma prevista en los artículos 2° y 7º de la citada Ley. En consecuencia, la sentencia acusada, al decidir que los demandantes tienen la calidad de hijos naturales, de José María Mozo, viola directamente las disposiciones legales que acaban de citarse. Quebranta también, por indebida aplicación, la disposición del artículo 2341 del Código Civil".

Se considera:

El fallo recurrido en ninguna de las partes que lo integran, consigna la declaración que el recurrente le atribuye. En la parte motiva que contiene el planteamiento de las cuestiones de hecho, que el sentenciador en mérito de la apreciación de las pruebas practicadas en el juicio, declara probadas, y las consecuencias jurídicas que de ellas deriva, al analizar y estudiar el elemento daño, sólo "per accidens" habla de "ligamento de consanguinidad plenamente establecido en el hecho". Pero al considerar la personería sustantiva de las partes, para negar la excepción de carencia de acción en los demandantes, propuesta por la Empresa demandada, reconoce como consecuencia jurídica que se deriva de los hechos evidenciados, la de que los titulares de la acción indemnizatoria que se ventila, lo son y la ejercitan, no con fundamento en la relación de parentesco de consanguinidad, sino obrando a título de extraños que persiguen la reparación del perjuicio que les causa la muerte de su autor, en los momentos en que éste atendía a las necesidades de su subsistencia.

El cargo no alcanza a desvirtuar el pensamiento del Tribunal, pues, si bien es cierto que la sentencia adolece de alguna impropiedad, por cuanto se vale del término "progenitor", tampoco es menos cierto que el fallo se sustenta, principalmente, en el siguiente concepto doctrinal respaldado por la indiscutible autoridad de los hermanos Mazeaud: "El hijo adulterino e incestuoso, lo mismo que el hijo natural no reconocido, puede por tanto, **obrando a título de extraño,** obtener reparación del perjuicio que le causa la muerte de su autor, cuando este último atendía desde hacía largo tiempo a las necesidades del demandante".

En vista de esta situación procesal se puede formular el siguiente dilema: o la víctima del accidente era persona que atendía a la subsistencia de los menores demandantes, prescindiendo de su calidad de padre, o solamente con esta calidad cumplía con atender a dicha subsistencia. Si lo primero, fue la cuestión planteada en la demanda, discutida en los debates de instancia y declarada en el fallo recurrido, sin que haya sido motivo de ataque especial en casación. Si lo segundo, no fue motivo planteado en la demanda ni en sus hechos, la calidad específica de hijos naturales reconocidos de los menores demandantes con relación a la víctima José María Mozo, como fundamento de la acción indemnizatoria que promueven, ni el fallo, como se tiene dicho antes, toma en cuenta el vínculo de consanguinidad para deducir a su favor, la obligación de la Compañía demandada de repararle el daño causado con la muerte de quien desde hacía tiempo atendía a sus necesidades. En este estado, la demanda de casación, no puede tener la virtud de modificar, enmendar y aún variar la principal, base y fundamento del juicio y que dio origen a la relación jurídico procesal.

De todos modos debe concluírse con que el Tribunal tuvo para fundar su fallo, como personería

sustantiva suficiente, la calidad de damnificados que tienen los menores demandantes, como personas que recibían atención para su subsistencia por parte de la víctima del accidente. Así las cosas, no puede producirse la violación de las disposiciones que regulan la institución de los hijos naturales, ni el quebrantamiento del artículo 2341 del C. C., cuando el sentenciador no ha tenido en cuenta esa calidad, sino la invocada de damnificados, ya anotada, por "contragolpe", con la muerte del maquinista Mozo, y que se repite, es situación procesal que no es motivo de ataque en casación.

Se rechaza el cargo.

Quinto cargo.—Se impugna el fallo en este cargo, porque "el Tribunal incurre, como se ha visto en manifiesto error de hecho al apreciar las declaraciones de los testigos que se han citado —Cordero, Campo, Hernández, Jiménez y González—. A consecuencia de ese error de hecho, la sentencia viola las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del C. C. al condenar a la Compañía demandada al pago de perjuicios que no aparecen demostrados".

En el desarrollo del cargo se transcriben apartes del Capítulo "Perjuicio o Daño" del fallo; algunas afirmaciones aisladas de los testigos mencionados, tomadas de sus exposiciones y parte del salvamento de voto del Magistrado Armenta, para concluir:

"De lo expuesto se desprende claramente que el perjuicio material no aparece demostrado en forma alguna. El Tribunal condena a la Compañía demandada con base en suposiciones arbitrarias. "La existencia del daño en las acciones sobre indemnización —ha dicho la Corte— es cuestión de derecho, como que representa y constituye uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil. Si el hecho delictuoso o culposo que se imputa y alega como base de la demanda no ha causado ningún daño, es estéril en el campo del Derecho Civil en virtud del principio general de que sin interés no hay acción. La ley no presume el daño. Su existencia y extensión y cuantía debe ser materia, como acontece en tratándose de derechos civiles, de fehaciente demostración probatoria".

Se considera:

De las exposiciones de los testigos y tomadas en su integridad, se desprenden dos situaciones de hecho: que desde el año de 1937 José María Mozo, una de las víctimas del accidente ferroviario ocurrido el 27 de diciembre de 1941, hacía vida marital con Regina Graciane y que de esa vida en común, nacieron dos hijos que tienen o no la calidad de naturales, —no importa para el caso— que derivaban su subsistencia de aquél, quien suministraba sumas de dinero con ese fin; y que la muerte inesperada de Mozo, privó a los menores de ese medio de vida, pues, carecen de recursos propios y de ayuda económica alguna De estas situaciones de hecho, dedujo el sentenciador, la cuestión de derecho, la existencia de un daño, por configurarse una lesión al patrimonio material económico de los menores causada por la culpa de la Compañía demandada.

El error de hecho en la apreciación de la prueba a que se contrae el inciso segundo (2º) del artículo 520 del C. J., no surge de la divergencia de conceptos o criterios; entre el del sentenciador y el del recurrente en esa apreciación, sino cuando la del primero, contraría manifiestamente, la realidad procesal, pues si siquiera prodúcese alguna duda, entonces el juzgador no incurre en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba.

El Tribunal de Santa Marta tomó en su integridad las declaraciones y el recurrente de modo parcial, de ahí la diversidad de criterios en su apreciación. Así las cosas, no es posible imputarle error de hecho evidente al primero en la apreciación de la prueba testimonial, por lo cual se impugna la sentencia.

Se rechaza el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta con fecha cinco (5) de mayo de 1949, en el presente litigio.

Con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la GACETA JUDICIAL y en la debida oportunidad devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. El Secretario, Hernando Lizarralde.

EL ARTICULO 19 DE LA LEY 92 DE 1938 NO SE REFIERE AL CASO DE LA FALTA ABSOLUTA DEL DOCUMENTO POR QUE ESTE NO SE HAYA EXTENDIDO.— LEGITIMACION IPSO JURE Y LEGITIMACION POR ACTO BILATERAL. — REQUISITOS DE LEGITIMACION CUANDO SE HACE CONSTAR EN ACTA DE MATRIMONIO CATOLICO

1.—No es acertado interpretar el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, y lo mismo puede decirse del artículo 395 del C. C., al cual modificó, tomando esos textos en el sentido de que la falta de los documentos que sirven para acreditar el estado civil, sea una falta absoluta, por no haberse producido el documento que exige el legislador, sino en el sentido de su falta relativa, o de hecho. Quiere decir: que la ley se refiere a la pérdida, por cualquier causa, del documento principal, pérdida que debe acreditarse en alguna manera, como sugieren Champeau y Uribe, según los términos que se copian: "De este artículo (el 395 del C. C.) parece deducirse que los medios de prueba indicados se admiten cualesquiera que sean las razones por las cuales faltan los registros, y así se desprende también de la parte final del artículo 399 que se verá luego; pero creemos que debería exigirse a los interesados que demostrasen la imposibilidad en que se encuentran de presentar otros documentos, ya porque debido a un incendio hayan desaparecido los registros, ya porque con motivo de una guerra u otra causa suficiente no se hayan puesto las partidas respectivas". (Tratado de Derecho Civil Colombiano, número 670).

Por tanto, no podrá entenderse violado el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, en concepto de infracción directa, porque aquí no se trata de que el hecho capaz de producir la legitimación, con las condiciones exigidas por la ley, realmente se hubiera producido, y que, por alguna causa, el acta dejó de ponerse en los registros del estado civil. En el caso del pleito, efectivamente el acta o instrumento que acreditara la legitimación de Constancio Loaiza, no existe; pero la razón de esto no se encuentra en causas de hecho, como en los ejemplos propuestos por los expositores arriba citados, sino que más bien puede decirse que la causa de la inexistencia de dicha acta, es de derecho, comoquiera que los padres de Loaiza no se valieron de ninguno de los medios taxativamente señalados por el artículo 239 del C. C., o sea, que no hicieron constar en el acta de su matrimonio su voluntad de otorgarle al hijo el beneficio de la legitimación, ni tampoco otorgaron la escritura pública que aquel texto exige.

2.—Según el artículo 246 del C. C., la calidad de hijo legítimo se extiende aún a los hijos legitimados, a menos que la ley expresamente los excluya. El artículo 236 de la misma obra llega hasta expresar que son también legítimos los concebidos fuéra de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según reglas que especifican textos complementarios subsiguientes.

Hay dos clases de legitimación: a) una, llamada ipso jure, o sea legitimación que se produce de pleno derecho; y b) otra producida no de pleno derecho, sino por acto bilateral de los padres que tienen voluntad de otorgar el beneficio, a la cual debe concurrir por parte del hijo la voluntad de aceptarlo.

a) LA LEGITIMACION IPSO JURE. Esta se realiza en dos hipótesis, a saber: 1ª Cuando el hijo se concibe antes del matrimonio y nace durante las relaciones matrimoniales de la madre embarazada, salvas las excepciones del derecho, por ejemplo las relativas a la impugnación de la paternidad; y, 2ª Cuando los padres que se casan han reconocido previamente como natural a un hijo de ambos, en los términos de los artículos 238 del C. C. y 52 de la Ley 153 de 1887.

b) LEGITIMACION POR ACTO BILATERAL. Esta es, para la mayoría de la Sala, un efecto puramente civil del matrimonio en Colombia, y consiste en el beneficio conferido por los padres y aceptado por la descendencia legitimada en las condiciones es-

tablecidas por el código, el cual regula ese efecto del matrimonio de la misma manera, ya se trate de matrimonio civil, ya se trate de matrimonio católico.

3.—Según doctrina antigua y constante de la Corte, cuando la legitimación se produce por matrimonio subsiguiente que contraen los padres según el rito de la Iglesia Católica y el acta de matrimonio donde se hiciera constar la legitimación, no estuviera firmada por aquéllos, sino únicamente por el párroco que presenció el matrimonio, es admisible para los efectos del artículo 239 del C. C., pero sólo respecto de las actas de matrimonio católico extendidas antes del año de 1913, porque entonces el derecho canónico no exigía que el acta de matrimonio la firmaran los padres.

Corte Suprema de Justicia. — Sala B. de Casación Civil.—Bogotá, once de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

Advertencia.—El magistrado a cuyo cargo estaba la redacción del proyecto para este fallo, presentó la ponencia que se registró el 8 de julio último, ponencia que no fue acogida por la mayoría de la Sala. Se le encomendó entonces que redactara otro proyecto acorde con el parecer de dicha mayoría y, por facultad del art. 51 del Código Judicial, el mismo magistrado habrá de salvar su voto, sin perjuicio de formular la decisión del pleito, como se deja explicado.

Antecedentes

1.—El 14 de enero de 1894 el señor Cura Párroco de Guarne (Antioquia), bautizó a un niño nacido el 5 de los indicados mes y año; a quien puso por nombre Constancio. De él se vino a decir el 26 de junio de 1934, por virtud de un Decreto del señor Arzobispo de Medellín, que era "hijo legítimo de Pedro Pablo Loaiza y de Rosalía Zuleta".

2.—Al año y medio de ocurrido el hecho del nacimiento de Constancio Loaiza, o sea, el 14 de julio de 1895, los padres de éste se casaron católicamente en la misma parroquia de Guarne.

3.—Constancio Loaiza también se casó por el rito católico, con Herminia Correa, el 5 de julio de 1926, ante el párroco de Guarne, y en el acta de origen eclesiástico se hizo constar que aquél es hijo legítimo de Pedro Pablo Loaiza y de Rosalía Zuleta.

4.—El 18 de abril de 1945, mediante diligencia cumplida ante el Notario 4º de Medellín, otorgó testamento cerrado el señor Constancio Loaiza.

5.—Este murió el 17 de mayo del mismo año y fue sepultado en la ciudad de Medellín. El acta notarial de defunción expresa que el muerto tenía 50 años y que era hijo legítimo de Pedro Pablo Loaiza y de Rosalía Zuleta.

6.—El 25 de junio de 1945 el Juez 4º Civil del Circuito de Medellín abrió el testamento cerrado de Constancio Loaiza y se halló que empezaba con esta declaración: "Soy hijo legítimo de Pedro Pablo Loaiza y Rosalía Zuleta, etc.".

7.—El 21 de julio de 1945 el mismo Juez declaró abierto el juicio de sucesión testamentaria del señor Constancio Loaiza y ordenó los emplazamientos de ley.

8.—El 26 de los mismos se presentó el señor Pedro Pablo Loaiza ante el Juzgado dicho y pidió que se le tuviera como parte, alegando que tenía interés en su calidad de padre legítimo del causante; para fundar su pedimento presentó las partidas de nacimiento y matrimonio que se dejaron relacionadas arriba; pero las pretensiones del señor Loaiza no prosperaron.

9.—El 25 de septiembre de 1945 se practicó la diligencia de inventario y avalúo de los bienes de la sucesión y, cumplidos los trámites necesarios, quedó listo el proceso para hacer la partición cuyo acto lleva fecha del 13 de noviembre de dicho año. A la señora Herminia viuda de Loaiza se le adjudicó la mayor parte según la distribución ordenada por el testamento, correspondiéndole adjudicaciones por valor global de $ 15.475.00. Además se pagaron los legados a favor de Libia Correa Prada, Fernando Reyes Correa, Emperatriz Reyes, Ester Adarve, Rosalía Zuleta y Manuel Loaiza.

10.—El 15 de noviembre y a solicitud de la única heredera, señora Herminia Correa de Loaiza, el Juzgado aprobó la partición y ordenó lo demás que era pertinente de acuerdo con la ley.

11.—El señor Pedro Pablo Loaiza sintiéndose perjudicado en su calidad de legitimario (según lo pretende) y alegando su condición de padre legítimo del causante, presentó demanda ordinaria contra la sucesión de su hijo, invocando los msmos hechos que se dejan relatados. La demanda fue admitida por el Juzgado 5º Civil del Circuito de Medellín, por auto del 31 de enero de 1946, y se notificó a las mismas personas que, como causahabientes a ambos títulos, figuraron

en el juicio de sucesión como favorecidos por el testamento del señor Constancio Loaiza. Tramitada debidamente la instancia, el Juzgado la despachó con su fallo del 19 de noviembre de 1946, en que niega todas las peticiones de la demanda y absuelve a los demandados de los cargos de la misma.

12.—Por obra del recurso de apelación interpuesto a nombre del demandante, se surtió la segunda instancia ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien pronunció su fallo, el 15 de julio de 1947.

La sentencia acusada

Considera el Tribunal las cinco peticiones principales y las tres subsidiarias formuladas por el demandante, las cuales se resumen así:

a) **Principales.**—Que Pedro Pablo Loaiza pretende ser legitimario del finado Constancio, en su carácter de padre legítimo del testador, a cuya sucesión pertenecen bienes en poder de los demandados, quienes deben restituírlos junto con los frutos naturales y civiles para que se rehaga la partición, a fin de que se le adjudiquen al demandante los correspondientes a su cuota herencial de legitimario, y que los demandados deben las costas del juicio;

b) **Subsidiarias.**—Que se declare la nulidad de la partición de los bienes, practicada en la sucesión de que se trata y, como consecuencia de dicha nulidad, se ordene hacer de nuevo la partición mediante nombramiento de una persona al efecto, hecho por los interesados, y también que los demandados paguen las costas.

'Resumidos los hechos y reseñado el litigio, el Tribunal aduce como fundamento de doctrina en sus considerandos, un estudio acerca de los efectos y alcance del artículo 236 del Código Civil, relativo a los hijos legitimados, estudio tomado de otra sentencia del Tribunal de Medellín de que fue ponente el doctor Mora Vásquez. Luego se plantea el problema de autos diciendo que, por lo que en ellos consta, no puede admitirse que se hubiera cumplido el fenómeno jurídico de la legitimación de Constancio Loaiza, como efecto del matrimonio católico contraído por sus padres, porque ni ellos firmaron el acta de ese matrimonio haciendo constar que legitimaban al hijo, respecto del cual tampoco consta su reconocimiento anterior como natural, por parte de sus padres. Que es inexacta la afirmación hecha en la partida de bautismo de ser el causante hijo legítimo de Pedro Pablo Loaiza y Rosalía Zuleta. Que las declaraciones de testigos traídas a los autos, para acreditar que el demandante y su cónyuge presentaron ante la sociedad y trataron a Constancio Loaiza como hijo legítimo, no surten efecto para demostrar la filiación legítima. Que la copia del decreto de origen eclesiástico, por medio del cual se dispuso la legitimación de Constancio Loaiza, a solicitud de los cónyuges Pedro y Rosalía, en el año de 1934, tampoco produce consecuencias favorables a las pretensiones del demandante "ya que la legitimación de carácter canónico o eclesiástico no tiene una operancia forzosa y plena en materia puramente civil, reglada por el Estado de modo independiente, no subordinado a otra u otras potestades". Afirma el Tribunal que ningún texto de las leyes imperantes suministra asidero sólido para sustentar que la legitimación eclesiástica produzca efectos de carácter civil y termina así:

"Es verdad que las normas civiles establecen un completo respeto a la legislación canónica, pero bien sabido es que tal cosa está lejos de implicar que la legitimación de esta clase surte iguales efectos a la legitimación civil, porque de lo contrario se llegaría al extremo inaceptable de sostener que las normas civiles son secundarias ante las canónicas. Y no vale argüir en contrario que así como el matrimonio católico produce consecuencias civiles, así también ha de producirlas la legitimación canónica, en gracia de que son fenómenos esencialmente diferentes y porque la legislación civil expresamente le ha atribuído dicho mérito al primero. Lo dicho... basta para concluir que el demandante carece del carácter de legitimario del fallecido y, por tanto, de verdadero interés jurídico para avanzar con éxito la acción que inició... En consecuencia... Confírmase la sentencia apelada...".

El recurso

Fue concedido legalmente el 7 de octubre de 1947. Llegados los autos a la Corte, quedaron preparados para recibir el fallo desde el 30 de agosto de 1948 y estando en turno el negocio se procede a despacharlo.

Acusa el recurrente por concepto de las dos primeras causales del artículo 520 del C. J.

De una vez se observa que la causal 2ª está fuéra de lugar porque viene fundada en motivos completamente distintos de los que establece la ley y tiene definidos una jurisprudencia invaria-

ble de la Corte. En efecto: dicha causal sólo tiene cabida cuando se deja de resolver, en cualquier sentido, sobre alguno de los extremos del debate, pero nunca cuando la decisión no se acomoda a las pretensiones de las partes.

En cuanto a los cargos fundados en la primera causal, todos giran alrededor de una sola cuestión de derecho, que se precisa adelante, y por ello habrán de despacharse en conjunto. Para la mayoría de la Sala el recurso no prospera. Dice el recurrente:

"La sentencia en mención viola los artículos 238 y 239 del C. C., y el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, por errónea interpretación de los dos primeros e infracción directa del último.

"En efecto, para acreditar la calidad de legitimado conforme al artículo 239 del C. C., se requiere acreditar la respectiva partida de matrimonio de los padres expresando (sic) en ella los hijos a quienes confieren la legitimación; si no se expresare en dicha acta es necesaria una escritura posterior.

"En el presente negocio existe el acta de matrimonio; no existe la escritura pública: pero existe un acta de origen eclesiástico que otorga el beneficio de legitimación.

"La ley exige ciertamente por motivo de seguridad y conveniencia que las calidades del estado civil se acrediten mediante las pruebas precisas que enuncia la ley en cada caso.

"Mas puede acaecer que algunas de las pruebas directas hayan desaparecido y si la ley no admitiese otras pruebas supletorias, habría estados civiles destinados a desaparecer definitivamente. Ese el motivo del artículo 19 de la Ley 92 de 1938 que prescribe que 'La falta de los referidos documentos del estado civil podrá suplirse en caso necesario, por otros documentos auténticos'.

"Entre estos otros documentos auténticos, encuéntranse en primer término las actas y sentencias de origen eclesiástico; nuestras prácticas y costumbres así lo han reconocido de antaño".

Se considera:

Todo el problema gira alrededor de saber si el señor Pedro Pablo Loaiza tiene, o nó, el carácter de padre legítimo del señor Constancio Loaiza, de cuya sucesión se trata.

En la demanda de casación se proponen dos tesis sustanciales, que son: la primera, la relativa a la legitimación, en cuanto figura sustantiva que produce un determinado estado civil; la segunda, en cuanto a la prueba de ese estado. Respecto de aquélla, se acusa la sentencia del Tribunal de Medellín como violatoria de los artículos 238 y 239 del C. C. Por lo tocante a la prueba, se acusa la misma sentencia como violatoria del artículo 19 de la Ley 92 de 1938. La Sala se detiene en el estudio de cada una de dichas tesis, empezando por la última debido a que es muy breve lo que hay que decir.

No es acertado interpretar el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, y lo mismo puede decirse del artículo 395 del C. C., al cual modificó, tomando esos textos en el sentido de que la falta de los documentos que sirven para acreditar el estado civil, sea una falta absoluta, por no haberse producido el documento que exige el legislador, sino en el sentido de su falta relativa, o de hecho. Quiere decir: que la ley se refiere a la pérdida, por cualquier causa, del documento principal, pérdida que debe acreditarse en alguna manera como sugieren Champeau y Uribe, según los términos que se copian: "De este artículo (el 395 del C. C.) parece deducirse que los medios de prueba indicados se admiten cualesquiera que sean las razones por las cuales falten los registros, y así se desprende también de la parte final del artículo 399 que se verá luego; pero creemos que debería exigirse a los interesados que demostrasen la imposibilidad en que se encuentran de presentar otros documentos, ya porque debido a un incendio hayan desaparecido los registros, ya porque con motivo de una guerra u otra causa suficiente no se hayan puesto las partidas respectivas". (Tratado de Derecho Civil Colombiano, número 670).

Por tanto, no podrá entenderse violado el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, en concepto de infracción directa porque aquí no se trata de que el hecho capaz de producir la legitimación, con las condiciones exigidas por la ley, realmente se hubiera producido, y que, por alguna causa el acta dejó de ponerse en los registros del estado civil. En el caso del pleito, efectivamente el acta o instrumento que acreditara la legitimación de Constancio Loaiza no existe; pero la razón de esto no se encuentra en causas de hecho, como en los ejemplos propuestos por los expositores arriba citados, sino que más bien puede decirse que la causa de la inexistencia de dicha acta, es de derecho, comoquiera que los padres de Loaiza no se valieron de ninguno de los medios taxativamente señalados por el artículo 239 del C. C., o sea que no hicieron constar en el

acta de su matrimonio su voluntad de otorgarle al hijo el beneficio de la legitimación, ni tampoco otorgaron la escritura pública que aquel texto exige. Pero la explicación de lo último ya implica entrar en el examen de la otra tesis y a ello se procede.

Según el artículo 246 del C. C., la calidad de hijo legítimo se extiende aún a los hijos legitimados, a menos que la ley expresamente los excluya. El artículo 236 de la misma obra llega hasta expresar que son también legítimos los concebidos fuéra de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según reglas que especifican textos complementarios subsiguientes.

Hay dos clases de legitimación: a) una, llamada **ipso jure**, o sea legitimación que se produce de pleno derecho, y b) otra producida no de pleno derecho, sino por acto bilateral de los padres que tienen voluntad de otorgar el beneficio, a la cual debe concurrir por parte del hijo la voluntad de aceptarlo.

a) **La legitimación ipso jure.**—Esta se realiza en dos hipótesis, a saber: 1ª Cuando el hijo se concibe antes del matrimonio y nace durante las relaciones matrimoniales de la madre embarazada, salvas las excepciones del derecho, por ejemplo las relativas a la impugnación de la paternidad, y, 2ª Cuando los padres que se casen han reconocido previamente como natural a un hijo de ambos, en los términos de los artículos 238 del C. C. y 52 de la Ley 153 de 1887.

b) **Legitimación por acto bilateral.** — Esta es, para la mayoría de la Sala, un efecto puramente civil del matrimonio en Colombia, y consiste en el beneficio conferido por los padres y aceptado por la descendencia legitimada en las condiciones establecidas por el código el cual regula ese efecto del matrimonio de la misma manera ya se trate de matrimonio civil, ya se trate de matrimonio católico.

La legitimación en el caso de autos se funda en que los padres de Constancio Loaiza, habiendo engendrado a éste en el año de 1894, sólo vinieron a casarse por el rito católico de 1895. Es verdad que obtuvieron, mediante solicitud remitida a la Curia Arquidiocesana de Medellín, un decreto dado el 26 de junio de 1934, en que se manda tener por legítimo a Constancio, hijo de Pedro Pablo Loaiza y de Rosalía Zuleta. Pero este decreto no constituye, para la mayoría de la Sala, elemento jurídicamente apto para conferir el estado civil de hijo legítimo a Constancio Loaiza, y, por consiguiente, para poder deducir los efectos patrimoniales que pretende el demandante Pedro Pablo Loaiza a fin de que se le admita como asignatario forzoso de su hijo.

No consta, en efecto, que mediara ninguno de los dos elementos previstos por el artículo 239 del C. C.; es decir, que Constancio Loaiza hubiera sido reconocido como hijo natural por sus padres, de acuerdo con el artículo 238 del citado código. Como ese reconocimiento no aparece de autos se descarta desde luego la única hipótesis de legitimación **ipso jure** aquí realizable.

Menos puede decirse que la legitimación se hubiera producido mediante manifestación de voluntad de los padres hecha en el acta de matrimonio; falta también una escritura pública otorgada para tales efectos.

Según doctrina antigua y constante de la Corte, cuando la legitimación se produce por matrimonio subsiguiente que contraen los padres según el rito de la Iglesia Católica y el acta de matrimonio donde se hiciera constar la legitimación no estuviera firmada por aquéllos sino únicamente por el párroco que presenció el matrimonio, es admisible para los efectos del artículo 239 del C. C. pero sólo respecto de las actas de matrimonio católico extendidas antes del año de 1913, porque entonces el derecho canónico no exigía que el acta de matrimonio la firmaran los padres.

Pero después de la Conferencia Episcopal reunida en el citado año, se exige que los padres firmen el acta para la validez de la legitimación por matrimonio católico. Así vienen a coincidir las exigencias del derecho canónico vigente en Colombia, con los requisitos del Código Civil, si la legitimación se efectúa mediante el acta de matrimonio.

Como los cónyuges Pedro Pablo Loaiza y Rosalía Luleta, aunque se casaron el 14 de julio de 1895 y, por tanto, no era indispensable que firmaran el acta de matrimonio, es lo cierto que pasaron por alto hacer constar en aquella acta, que le conferían el beneficio de la legitimación a Constancio; quedó pues, sin cumplimiento, uno de los requisitos previstos por el artículo 239 del C. C., o sea, el de legitimar mediante el acta de matrimonio, aún si se admitiera ésta en la forma amplia como lo interpretó la jurisprudencia de la Corte, armonizando las disposiciones de nuestro código sustantivo con las normas del derecho canónico reglamentadas por la Conferencia Episcopal de 1913, cuyas decisiones fueron posteriormente ratificadas en la Conferencia Episcopal de

1927. Bastará citar el ordinal 7º del Decreto respectivo, de dicha Conferencia, el cual es del siguiente tenor:

"Si ocurriere que al tiempo del matrimonio, los contrayentes declaran que tienen hijos nacidos antes del matrimonio y que es su voluntad legitimarlos, el señor Cura Párroco está obligado, para cumplir con un acto de justicia y favorecer de esta suerte a los presuntos hijos legitimables, a averiguar si ellos pueden ser legitimados, a declarar en el acta del matrimonio que los padres manifestaron la voluntad de legitimar a los hijos en cuestión, a poner el nombre de los hijos que van a ser legitimados y hacer que los contrayentes firmen el acta del matrimonio".

De otro lado, tampoco admite la mayoría de la Sala que la solicitud de los cónyuges Pedro Pablo Loaiza y Rosalía Zuleta dirigida por mediación de su cura párroco al Arzobispado de Medellín, expresando su voluntad de tener por legítimo a su hijo Constancio, pudiera equivaler a la escritura pública que exige el artículo 239 del C. C.

Porque cuando el dicho artículo se refiere a **escritura pública,** debe entenderse ésta tal y como la define el artículo 1758 del C. C., a saber:

"Instrumento público auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

"Otorgado ante el notario o el que haga sus veces, e incorporado en el respectivo protocolo, se llama **escritura pública**".

Por tanto, para que Constancio Loaiza tuviera el carácter de hijo legítimo de Pedro Pablo y de Rosalía, habría sido preciso que éstos, por no haber hecho constar su voluntad de conferirle el beneficio de la legitimación en el acta de su matrimonio, se hubieran presentado ante un notario a otorgar la correspondiente escritura.

Aquí es preciso entender que muerto el hijo, tratándose de la sucesión de éste y de las pretensiones del demandante Pedro Pablo Loaiza, si se otorgara esa escritura en las actuales condiciones, la jurisprudencia de la Corte tiene establecido que dicha escritura no favorecería al padre para poder reclamar asignaciones por causa de muerte en la sucesión del hijo. Y aunque conste que el hjo declaró en su testamento que era hijo legítimo de Pedro Pablo Loaiza, dicha declaración no podría equivaler a la aceptación necesaria para que se perfeccionara el acto bilateral de la legitimación, por extemporánea.

Así las cosas, concluye la mayoría de la Sala con la consideración de que la sentencia acusada es legal por haber negado a Pedro Pablo Loaiza la calidad de padre legítimo de Constancio Loaiza, y, contra ella, no prospera el recurso entablado.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INFIRMA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, pronunciada en este negocio el 15 de julio de 1947.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo, con salvamento de voto. — **Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H.,** Of. May. en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS ENRIQUE CUERVO

En concepto del suscrito Magistrado, la sentencia del Tribunal de Medellín, acusada en este proceso, ha debido infirmarse porque a la parte de Pedro Pablo Loaiza le asisten la razón y la justicia y porque el artículo 239 del C. C. sí fue violado por los motivos que adelante se expresan, dentro de los particulares del pleito decidido.

Tanto la legislación canónica como la legislación civil reconocen como efecto propio del matrimonio, el de conferirle a la prole la calidad de legítima. Esta es una cuestión moral y jurídicamente indiscutible.

Antes de la Conferencia Episcopal de 1913 pudiera encontrarse alguna diferencia entre la norma canónica y el texto civil, cuando la legitimación se produce mediante voluntad de los padres consignada en el acta de matrimonio. Pero como ya se hizo ver en el curso del fallo anterior, la jurisprudencia de la Corte admitió que no obstante la diferencia de que se habla, o sea, la de la firma de los padres en el acta de matrimonio, mientras el derecho canónico no la exigió, se admitió el acta de matrimonio con la sola firma del cura párroco para efecto de la legitimación de la prole si los padres habían hecho constar su voluntad de conferirle dicho beneficio.

Pero desde que la Conferencia Episcopal de 1913, cuyo decreto fue ratificado en 1927, dispuso que el acta de matrimonio la firmaran los padres, desapareció toda desarmonía entre la legislación canónica y la legislación civil por este aspecto.

Veamos ahora lo que ocurre con la escritura pública que deben otorgar los padres para legitimar su prole, cuando, como en el caso de autos, olvidan hacer constar su voluntad en el acta de matrimonio.

Según el artículo 239 del C. C. basta que los padres concurran a una Notaría y allí manifiesten ante el Notario, que tienen voluntad de legitimar a tales o cuales hijos.

Según el canon 1116 "Por el subsiguiente matrimonio de los padres, sea verdadero o putativo, tanto si se contrae entonces como si se convalida, aunque no llegue a consumarse, se legitima la prole, con tal que los padres hayan sido hábiles para contraer matrimonio entre sí, en el tiempo en que aquélla fue concebida o durante su gestación o cuando nació".

De aquí pudiera deducirse una diferencia de mucha entidad entre la legislación canónica y la legislación civil. Porque según la primera toda legitimación se produce de pleno derecho, en tanto que de acuerdo con el Código Civil, no todas las legitimaciones se producen de pleno derecho según lo explica el fallo antecedente.

Pero no debe perderse de vista que el Concordato con la Santa Sede y la legislación del país tienen establecido el pleno reconocimiento del matrimonio contraído según las normas del Concilio de Trento por los colombianos y que ello implica, o debe implicar por consecuencia lógica, el reconocimiento de los efectos civiles que ha de tener ese matrimonio. Y si es un efecto propio del matrimonio católico, conforme a la legislación de la Iglesia, la legitimación de los hijos en las condiciones que esa legislación establece, no se ve por qué causa hubiera de negarse en el fuero civil lo que es válido en el fuero canónico y tratándose de un mismo acto que tiene naturaleza sacramental, produce consecuencias morales y de honor social indiscutibles y es independiente de toda manifestación hecha ante un funcionario del Estado como no sea para efectos meramente probatorios y de estadística.

Más claro, el matrimonio canónico de los colombianos católicos es el matrimonio que las leyes civiles consideran plenamente válido de acuerdo con normas expresas, y, lo que es más importante, con las costumbres del país, o sea con la moral social preponderante.

Según esto las autoridades espirituales que presencian el matrimonio, por pertenecer a una jerarquía universal plenamente reconocida en Colombia, tienen facultad bastante para regular los efectos de ese matrimonio que empiezan por producirse en el fuero de la moral y del honor. Parece ilógico que si se admite la plena validez de la causa, no

hubieran de admitirse los efectos por consideraciones completamente secundarias. Pues lo primero, es la moral y el honor y lo segundo o secundario lo patrimonial o económico. Siendo ello así, al admitir la plena validez del matrimonio como causa, regulada por el derecho canónico, no se ve por qué razón no debiera admitirse esa misma plena validez del matrimonio canónico en sus efectos y principalmente en aquellos que se relacionan con el honor de las personas. Parece también aberrante que si una persona tiene ante la severa moral católica la condición de hijo legítimo, aunque sea legitimado, ante las normas del Estado, o sea en el fuero civil esa misma persona no tenga la misma condición honorable.

Mas dejando aparte estas consideraciones filosóficas vale fijar ahora la atención en otro aspecto no menos sustancial del asunto y que consiste en averiguar en dónde radica la explicación de ciertas exigencias formales de nuestro derecho civil cuando se trata de conferirle a un hijo nacido antes del matrimonio, la calidad de legitimado, fuéra de las hipótesis de la legitimación, *ipso iure*. En este punto el artículo 239 del C. C. bien puede considerarse, como un medio ordenado a otros fines y no como una disposición que constituye un fin jurídico por sí mismo. Ello se explica considerando que la manifestación de los padres en el acta de matrimonio, lo mismo que las que se hace en escritura pública otorgada ante Notario, tiene significado sustancial o de fondo, es decir lo que se necesita no es la materialidad de un documento, sino la realidad de una voluntad. Lo que sirve para hacer legítimo a un hijo como Constancio Loaiza, no es propiamente el acta o la escritura, sino la voluntad de sus padres de conferirle el beneficio de la legitimación, expresada de manera inequívoca y con base en dos realidades indiscutibles, que son el nacimiento de Constancio Loaiza, engendrado por Pedro Pablo Loaiza y Rosalía Zuleta en 1894 y en el matrimonio válidamente contraído por éstos en 1895. La voluntad de esas personas en el sentido de otorgar a su hijo la legitimación, se hizo constar por un medio absolutamente insospechable, rodeado del máximo respeto en el medio social a que pertenece, y recibido por una autoridad espiritual acreedora del mayor acatamiento, como lo fueron, de un lado, el cura párroco de Guarne en Antioquia y el señor Arzobispo de Medellín.

Si no hay duda moral de ninguna especie acerca de la voluntad que tuvieron los cónyuges Pedro Pablo Loaiza y Rosalía Zuleta de conferirle a su hijo Constancio Loaiza el beneficio de la legitimación, y si esa voluntad se declaró ante el Arzobispo de Medellín, con quien se comunicaron los cónyuges por el conducto regular de su cura párroco, ¿cómo pudiera negársele valor y efecto a esa voluntad de los padres que quieren legitimar a su hijo? Para el suscrito magistrado vale tanto o más que el Notario del Circuito, el Arzobispo de Medellín, ante quien manifestaron Pedro Pablo Loaiza y Rosalía Zuleta su voluntad de conferir la legitimación a Constancio Loaiza, en el año de 1934.

Esta conclusión es muy digna del apoyo del derecho, porque, además de estar fundada en hechos evidentes, se halla libre de toda sospecha de sórdido interés o de intervención de personas extrañas que hubieran sorprendido a las autoridades religiosas de la parroquia de Guarne y de la Arquidiócesis de Medellín con afirmaciones testimoniales de simple referencia.

Cuando en el derecho se tropieza el juez con disposiciones dictadas por el legislador para garantía de la verdad, ellas no tienen un fin en sí mismas sino que son medios para alcanzar otro que consiste en asegurar una certeza moralmente objetiva fundada en la realidad del hecho.

Si esa certeza objetiva es moralmente inobjetable y se obtiene por medios diferentes de los previstos de manera exclusiva por el legislador, aunque amparados por otras normas del mismo valor jurídico, no hay razón para extremar la interpretación literal de la ley hasta el punto de sacrificar a ella los hechos que se conforman con la verdad y la justicia.

Estas ideas además de contar con el respaldo de la llamada tendencia científica francesa, defendida por Planiol, Geny, Bonnecause y otros, tiene un respaldo mucho más valioso en la siguiente parte de la exposición que hizo el Santo Padre felizmente reinante ante el Tribunal de la Sacra Rota Romana el 1º de octubre de 1942:

"La observancia concienzuda de tales normas (las de la certeza legal) es un deber para el juez; pero, de otra parte, él ha de tener presente al aplicarlas, que no llevan su fin en sí mismas, sino que son medios para alcanzar el fin, esto es, para obtener y asegurar una certeza moral objetivamente fundada en la realidad del hecho. No debe acontecer que lo que, según la voluntad del legislador ha de ser un auxiliar y una garantía para el descubrimiento de

la verdad, se convierta en un impedimento u obstáculo". (Atti e Discorsi di Pio XII. Vol. IV, pág. 243. Gennaio. Diciembre 1942).

Lo anterior implica que, el no admitir como medio suficiente y legal, para que los cónyuges Pedro Pablo Loaiza y Rosalía Zuleta, legitimaran a su hijo Constancio, en 1934, la manifestación de voluntad hecha ante el Arzobispo de Medellín, medio jurídicamente idóneo y del mismo valor que la escritura pública exigida por el artículo 239 del C. C., el Tribunal de Medellín violó esa disposición, y la violó de manera directa por no haberla aplicado, debiendo hacerlo puesto que lo esencial en ese artículo no es la escritura pública, considerada en sí misma, sino la manifestación directa de voluntad expresada en instrumento sancionado por autoridad competente. Es decir, que el decreto del señor Arzobispo de Medellín tiene valor pleno para la legitimación contemplada por el artículo 239 del C. C., interpretado en armonía con el régimen legal del matrimonio católico y con la certeza moral de que habla el Sumo Pontífice, la cual se convierte en certeza legal cuando no hay duda en la realidad objetiva del hecho.

Por estos motivos me he permitido salvar respetuosamente el voto.

Luis Enrique Cuervo A.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — REQUISITOS PARA QUE UN TESTIGO ESTE IMPEDIDO PARA DECLARAR EN DETERMINODO JUICIO, POR ENEMISTAD

El inciso 7º del artículo 669 del Código Judicial exige dos requisitos para que el impedimento previsto allí ocurra: a) Que se trate de un enemigo capital que declara contra su enemigo, entendiéndose por tal al que ha amenazado la vida de éste o lo ha injuriado o calumniado de modo grave; y b) Que no haya mediado reconciliación entre ellos. No es suficiente causa de impedimento la circunstancia de que el testigo tenga motivos de disgusto con la persona en contra de la cual declara, pues expresa y claramente el legislador determina la clase de enemistad a que se refiere, no sólo denominándola "capital", sino dando la definición exacta de lo que por ésta debe entenderse.

En el caso planteado, la declarante confiesa estar "brava" con la demandante y dá a entender que no ha mediado reconciliación. Pero niega enfáticamente que sea su enemiga. Por tanto, como de esas solas palabras no es posible deducir la existencia de la causal de impedimento alegada, el Tribunal interpretó correctamente el texto legal, al no admitir la tacha del testimonio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A. — Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Desde el 10 de mayo de 1939 hasta el 16 de marzo de 1943 la señorita Leticia Zorro Hernández ejerció las funciones de profesora de piano en la escuela de música del Magdalena, en la ciudad de Santa Marta. En la última fecha citada fue destituída de su empleo por Decreto de la Gobernación de aquel Departamento, distinguido con el número 133.

En diciembre de 1942 el señor José Manuel Conde C., como Director de aquella Escuela informó al Director de Educación Nacional del Magdalena, entre otras cosas, lo siguiente: "...Y digo la mayoría porque desgraciadamente no fue en su totalidad, ya que sin motivos justificados la profesora de piano señorita Leticia Zorro Hernández, en la serie de seis audiciones a beneficio de la biblioteca de la Escuela, sólo asistió al primero (sic) en honor de J. S. Bach y al 5º (sic) dedicado al señor Gobernador del Departamento, a pesar de haber aparecido su nombre en los programas y ser éstos del dominio público, perjudicando en esta forma no sólo la seriedad, sino también la disciplina del plantel. Por otra parte, observé el poco o ningún interés que demostró dicha profesora al ver decaer día por día la asistencia de sus alumnas de piano, sin dar ninguna providencia para corregir esa anomalía".

El Decreto número 133 a que se hizo ya referencia, fechado el 16 de mayo de 1943, dice en la parte pertinente: "Artículo 1° Desde la expedición del presente Decreto, la Escuela de Música del Magdalena se denominará en adelante **Instituto de Bellas Artes del Magdalena**, de acuerdo con lo establecido con la Ordenanza número 7 de 1942. Artículo 9º El personal docente y administrativo del Instituto de Bellas Artes será, por lo pronto, el mismo señalado por el Decreto 59 de 1939 para la Escuela de Música del Magdalena o sea el siguiente: Un Director, un Secretario, los profesores que sean necesarios para el desarrollo del plan de estudios y un portero. Las funciones de dichos empleados serán las mismas determinadas en la disposición mencionada. Artículo 10. Declárase insubsistentes los siguientes nombramientos hechos en la Escuela de Música del Magdalena: José M. Conde, Director y profesor de violín, teoría, solfeo e historia de la Música; Celina Ceballos, secretaria y profesora de teoría y solfeo en la sección infantil; María L. de Hundeck, profesora de piano en el grupo A; Luisa de Vásquez, profesora de piano en el grupo B; **Leticia Zorro, profesora de piano en el grupo C**; Joaquín Puello, profesor de dibujo y pintura; José S. Pérez, profesor de instrumentos de viento y Soa Tinoco, portera. Artículo 11. Hácense los siguientes nombramientos en el Instituto de Bellas Artes: José M. Conde, Director del establecimiento; José M. Conde, profesor de violín, con la obligación de dictar 60 horas mensua-

les con una asignación mensual de $ 70.00. José Ml. Conde, profesor de teoría y solfeo para adultos, con la obligación de dictar 20 horas mensuales, con una asignación mensual de $ 30.00. José Ml. Conde, profesor de historia de la Música, con la obligación de dictar 10 horas mensuales, ad honorem. Celina Ceballos, Secretaria del establecimiento; Celina Ceballos, profesora de teoría y solfeo, para la sección infantil, con una asignación mensual de $ 30.00. Luisa de Vásquez, profesora de piano, con la obligación de dictar 60 horas mensuales, con una asignación mensual de $ 55.00. María L. de Hundeck, profesora de piano con la obligación de dictar 60 horas mensuales, con una asignación mensual de $ 55.00. Antonio Sánchez, profesor de modelado y escultura, con la obligación de dictar 24 horas mensuales, con una asignación mensual de $ 45.00. Antonio Sánchez, profesor de dibujo, con la obligación de dictar 12 horas mensuales, con una asignación mensual de $ 22.00. Antonio Sánchez, maestro de obras manuales de primera categoría en la Escuela Complementaria, con funciones de profesor de pintura en el Instituto de Bellas Artes, con la obligación de dictar 14 horas mensuales, con una asignación mensual de $ 30.00. José S. Pérez, profesor de instrumentos de viento, con la obligación de dictar 15 horas mensuales, con una asignación mensual de $ 20.00. Urbano Manjarrés, portero del establecimiento. Comuníquese y cúmplase. Dado en Santa Marta, a los 16 días del mes de marzo de 1943. (Fdo.), Armando Fuentes. El Director de Educación Pública (fdo.), Luis Emilio Pinto L."

El 14 de abril de 1943 el Director de Educación Pública del Magdalena expidió el siguiente oficio: "República de Colombia-Dirección de Educación Pública del Magdalena.-Número 833.-Santa Marta, abril 14 de 1943—Señorita Leticia Zorro H. Presente.—Atentamente le transcribo a continuación la providencia recaída en su memorial de la fecha: 'Dirección de Educación Pública del Magdalena—Santa Marta, abril catorce de mil novecientos cuarenta y tres: **dígase a la memorialista que la destitución del cargo que ejercía en la Escuela de Música de esta ciudad se verificó por motivos de reorganización,** por haber dado el Gobierno Departamental un carácter nuevo al Establecimiento (Decreto número 133 del 16 de marzo anterior). Es una facultad constitucional del señor Gobernador remover libremente los empleados de su elección, y **tal medida se cumplió en atención a informes del señor Director de la Escuela de Música, quien solicitó reemplazo.** En la comunicación que le libró este Despacho se le informó acerca del carácter reorgánico de la remoción y se le dieron las gracias a nombre del Gobierno Seccional por los servicios prestados por usted en las labores docentes. Este Despacho se abstiene de suministrarle copia de la parte pertinente del informe del Director de la Escuela de Música por ser de carácter reservado de la Oficina, lo cual está previsto en el artículo 320 del Código de Régimen Político y Municipal. Comuníquese'. Soy de usted atento y seguro servidor (fdo.), Luis Emilio Pinto L., Director de Educación Pública".

El Decreto departamental número 59 de 10 de febrero de 1939, orgánico de la Escuela de Música, dice en los ordinales a) y h) del artículo 8º: "Son funciones del Director: a) Dirigir e inspeccionar la marcha de la Escuela en todos sus aspectos y rendir al Consejo Directivo y a la Dirección de Educación Pública los informes que sobre ella se le soliciten; ...h) Informar a la Dirección de Educación Pública sobre la manera como los profesores cumplen con sus obligaciones".

En torno a estos hechos se ha desenvuelto el debate judicial promovido por la señorita Leticia Zorro Hernández, quien el 7 de septiembre de 1944 demandó al señor José Manuel Conde ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta para que previos los trámites de un juicio ordinario se condene a éste a pagarle los perjuicios morales y materiales sufridos con motivo de la pérdida del empleo que tuvo al servicio de la Escuela de Música del Magdalena, a causa del informe contra ella rendido por el demandado.

La sentencia acusada

Previo análisis de las pruebas presentadas por las partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta confirmó en todas sus partes la sentencia absolutoria del Juzgado del conocimiento.

En los párrafos finales de la parte motiva del fallo, que se reproducen a continuación, queda condensado el pensamiento del Tribunal: "Y no podría afirmarse que la eliminatoria de su nombre (el de la demandante) en el elenco de profesores se debió exclusivamente al informe del Director de la Escuela, porque según se vio precedentemente, en el mismo decreto no figuró Joaquín Puello como profesor de dibujo (que era profesor de la Escuela de Música), no obstante

de que en el informe dado por el demandado al señor Director de Educación Pública nada se dijo al respecto de tal profesor. La facultad de designar y remover empleados que no están escalafonados es constitucional y legal y dentro de ello los funcionarios pueden declarar insubsistentes los nombramientos vigentes. Y si José Manuel Conde no ejecutó un hecho prohibido, que es esencial en toda culpa, es decir, si su informe no fue culposo, no puede dar margen para edificar una acción de responsabilidad civil, porque como ya se ha dicho, obró en su carácter de Director de la mencionada Escuela, dentro de las funciones asignadas en el Decreto de que se ha hecho mérito".

El actor ha acudido ante la Corte en recurso de casación invocando contra la sentencia la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Los cuatro cargos que formula para sustentar la demanda se transcriben textualmente y serán examinados en orden y por separado.

Primer cargo.—Declaración de la señora Luisa M. de Vásquez.—Al comenzar su declaración y en respuesta a una repregunta del apoderado de la demandante la testigo Luisa M. de Vásquez hizo esta confesión: "Yo estoy brava con ella hace cerca de tres años, pero enemiga de ella no soy. De mi parte no guardo ninguna clase de rencor con ella". (Cuaderno de pruebas del demandado en la segunda instancia. Folio 7º). La primera parte de esta confesión desvirtúa totalmente las demás afirmaciones hechas en ella. Porque un resentimiento capaz de prolóngarse durante tres años sin reconciliación, indica con claridad meridiana una honda y arraigada enemistad: **"Yo estoy brava con ella hace cerca de tres años"**, confiesa la señora Vásquez, o sea que en el momento de rendir su declaración también lo estaba. Esa frase espontánea abarca el pretérito y el presente y confirma por sí misma la existencia de una enemistad, de un rencor actual que no pueden ni siquiera atenuar las subsiguientes explicaciones de la testigo. De acuerdo con la certificación que aparece en el folio 35 del cuaderno de pruebas de la demandante, las horas de clase asignadas a la señora Vásquez en el período de la tarde fueron siempre de 6 a 7 p. m. Pero la enemistad de esta señora con la señorita Leticia Zorro, la lleva hasta hacer la afirmación falsa de que sus horas de clase eran de 4 a 5 de la tarde, quizá para coincidir así con las de la señorita Leticia y darle mayor apariencia de verdad a su exposición.

Por expresa disposición del artículo 669 del Código Judicial están **impedidos** para declarar por **parcialidad que se supone,** el enemigo capital contra su enemigo, entendiéndose por tal el que le ha injuriado de modo grave, **sin que haya mediado reconciliación entre ellos.** Ya se dijo antes que la señora Luisa M. de Vásquez confesó espontáneamente su enemistad con la señorita Leticia Zorro. Establecida plenamente esta circunstancia, el testimonio de esta declarante carece de todo valor y no puede tenerse como prueba en el proceso. Hay que agregar a esto que la señora de Vásquez en el momento de rendir la declaración pedida por el demandado, era profesora de la Escuela de Música que dirigió el señor Conde, a quien estaba subordinada. Esta subordinación necesariamente encadenaba la libertad de su testimonio, por un natural temor a que el referido Conde pudiera perjudicarla con otro informe de la misma naturaleza del que dio respecto a la señorita Leticia Zorro y que ha motivado este juicio. Esta concurrencia de la enemistad hacia la demandante y la subordinación al demandado, en la señora de Vásquez, hacen que sobre cualquier comentario relativo a la invalidez total de esta declaración.

Estos hechos fueron alegados oportunamente por el apoderado de la demandante ante el H. Tribunal Superior de Santa Marta. No obstante el fallo acusado tomó como prueba de singular valor la declaración de la señora de Vásquez, para establecer la veracidad del informe del señor Conde, según se desprende de los siguientes párrafos: "Contra estos testimonios consta **el de la señora Luisa M. de Vásquez que oportunamente se analizará,** pero que en lo que aquí importa, conviene reproducirlo...". "Con relación a la inasistencia también de la señorita Leticia Zorro a la serie de audiciones a beneficio de la Escuela, que es otra de las afirmaciones hechas por José Ml. Conde en su informe, y que dan motivo a este juicio, nada se ha demostrado en contrario, pues ninguna prueba se ha aportado al proceso al respecto por parte de la actora. Y el mismo demandante se encargó de demostrar que su afirmación era exacta y correspondía a la verdad; porque de autos constan varios testimonios de personas que eran profesoras de la misma Escuela y dicen: Luisa M. de Vásquez: 'Sí me consta por haberlo visto, por ser yo profesora de la Escuela de Música de esta ciudad, que cuando la señorita Leticia Zorro Hernández dictaba en aquel establecimiento clases de piano, casi nunca concurría a los conciertos que allí se daban, a pesar de figurar

en el programa y de haber aceptado y convenido desempeñar las funciones asignadas; sólo me consta que asistió únicamente tres veces a los conciertos que se dieron en la referida escuela. En total se dieron en el año de 1942 siete u ocho conciertos...". El Tribunal se olvidó hacer el análisis del testimonio de la señora de Vásquez prometido en el primero de los párrafos copiados. No aparecen en parte alguna del fallo las razones que hubiera tenido la Sala para darle el valor de prueba al testimonio de una enemiga confesa de la demandante.

Cargo.—En esta forma, la sentencia acusada incurre en un error de derecho al atribuírle el carácter de prueba al testimonio de una persona impedida para declarar, por expresa prohibición legal. Con ello viola por infracción directa el inciso 7º del artículo 669 del Código Judicial y esa violación conduce a la no aplicación de los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil. El cargo incide sobre el fallo por ser la declaración de la señora de Vásquez uno de los elementos probatorios que acepta el Tribunal para declarar exacto y veraz el informe con que el señor Conde obtuvo la destitución de la señorita Leticia Zorro. A su vez esa declaración de veracidad y exactitud es uno de los motivos determinantes de la absolución del demandado".

Segundo cargo.—Declaración de la señora María Luisa de Hundeck.—En su declaración dice esta señora: "Yo sé que la señorita Leticia Zorro Hernández dejó de asistir a algunos conciertos que se daban en la Escuela de Música de esta ciudad. Sé que la señorita Zorro **no aparecía en algunos de ellos,** porque lo he visto ahora.... Creo que cuando ella no asistía a los conciertos era porque no figuraba en el programa. Esto es una suposición mía... Recuerdo de una noche en que en los momentos en que se iba a iniciar el concierto que la señorita Zorro envió al Director una nota excusándose de asistir al concierto. Digo mal, no fue una nota, sino una razón".

"La declarante afirma saber que la señorita Leticia Zorro no aparecía en algunos conciertos y con claridad lógica supone que cuando dicha señorita no asistía era porque no figuraba en ellos. Atestigua también que la señorita Leticia Zorro se excusó de asistir a un concierto y repreguntada dice: 'Supongo que la señorita Zorro se excusó de asistir a él **porque figuraba en el programa** (folio 11 vuelto del cuaderno de pruebas del demandado en la segunda instancia). Cabe anotar aquí que el Tribunal en la página 6 de la sentencia (folio 61 del expediente) transcribe esta última frase adicionada de un 'no' intercalado que le cambia su sentido completamente. En vez de la textual expresión de la declarante que dice 'Porque 'no' figuraba en el programa'. Y al parecer el mismo Tribunal fundado en su propio error deduce luego esta consecuencia: 'en opinión de la Sala la señorita Zorro Hernández no asistió al concierto en honor de Mozart, **porque no figuró en el programa** (folio 6 vuelto, de la sentencia). Conviene tener en cuenta desde ahora este detalle al que se aludirá luego. De los apartes copiados y del texto total de esta declaración se establece que la señorita Leticia Zorro no apareció en algunos programas de los conciertos y que posiblemente cuando no concurrió a ellos fue porque no figuraba en el programa respectivo. Igualmente aparece que se excusó de asistir a uno de esos actos en que debía tomar parte y que estuvo presente en tres de los referidos conciertos.

"**Cargo.**—En la apreciación de este testimonio la sentencia controvertida comete dos errores: 1º Error de hecho porque interpreta la declaración de modo ostensiblemente distinto a lo que ella dice y dá por ciertos hechos que ella no establece. Este error de apreciación e interpretaciones lo robustece la circunstancia de que en la sentencia (página 6) aparece transcrita una frase de la declarante con un 'no' intercalado que al cambiar su sentido llevó al Tribunal a una conclusión equivocada como se hizo notar antes. Dada la concordancia entre el antecedente y la consecuencia no aparece que se trate de un simple error de mecanografía y menos en una expresión que el Tribunal subraya enfáticamente. Este error ocasiona la no aplicación de los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil y es una de las causas de la absolución del demandado.

"2º Error de derecho en cuanto le dá a la declaración comentada el valor de plena prueba para tener como cierto el informe del señor Conde. En este punto la sentencia contraviene los artículos 696, 594 y 601 del Código Judicial. A causa de tal contravención dejan de aplicarse los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil. Este cargo repercute sobre el fallo, porque el tener por cierto el informe del señor Conde con base en esta prueba, implica su absolución en el juicio. Dice textualmente el señor Conde en su informe: "...Y digo la mayoría porque desgraciadamente" "no fue en su totalidad ya que sin motivos justificados la profesora de piano señorita

Leticia Zorro Hernández en la serie de seis audiciones a beneficio de la Biblioteca de la Escuela, sólo asistió al primero en honor de J. S. Bach, y al quinto dedicado al señor Gobernador del Departamento, y a pesar de **haber aparecido su nombre en los programas** y ser éstos del dominio público". Según la declaración de la señora María Luisa de Hundek, la señorita Leticia Zorro asistió a tres conciertos. También la señora Luisa M. de Vásquez confirma la presencia de la demandante en esos tres conciertos. Es entonces inexacto que la señorita Zorro hubiera asistido únicamente a dos de los seis conciertos como lo afirma el informe. Con la transcripción del programa de Mozart, aparece comprobado que la señorita Leticia no figuró en él, por lo cual no tenía obligación de concurrir a este acto. Así lo acepta el Tribunal. También en esto es mentiroso el informe porque asevera que la señorita Leticia figuró en los seis programas. La señora de Hundek afirma que la señorita Leticia Zorro no aparecía en **algunos** programas y que se excusó de asistir a uno, supone ella que porque no figuraba en el programa. Estas simples observaciones obligan a concluir que el único concierto al cual no concurrió la señorita Zorro estando obligada a ello, fue aquel al cual se excusó. Y faltar con excusa no tiene gravedad alguna ni autoriza los conceptos del informe del señor Conde.

"Juzgando con el más exigente criterio estos hechos, surge cuando menos una seria presunción de sospecha sobre la veracidad del informe del señor Conde. Y esa sospecha llega a convertirse en evidencia si se tiene en cuenta que el señor Conde confesó que tenía enemistad con la señorita Leticia Zorro desde el día en que fue a comunicarle a ella, su nombramiento de profesora de piano de la Escuela de Música del Magdalena, es decir, desde que ella ingresó a ese plantel. (Cuaderno de pruebas de la primera instancia, página 6). No cabe duda que el señor Conde desfiguró maliciosamente la verdad de su informe. No obstante la sentencia concluye que el informe del señor Conde no fue culposo, que es verídico y que no ha sido desvirtuado. (Páginas 8 y 5 de la sentencia).

"**Cargo.**—Estas conclusiones son contrarias a la evidencia de los hechos plenamente establecidos en los autos con los elementos que se han analizado. Por tal motivo la sentencia incurre en un error de hecho al deducir que las pruebas que tenía en cuenta al respecto establecen la exactitud del informe de Conde, cuando por el contrario lo desvirtúan. Ese error desemboca en la violación de los artículos 2341, 2343 y 2356 que dejan de aplicarse y determina la absolución del demandado".

Tercer cargo.—Refiriéndose al Decreto número 59 de 10 de febrero de 1939 de la Gobernación del Magdalena, el Tribunal anota que el ordinal e) del artículo 10 impuso a los profesores la obligación de "tomar parte en las ejecuciones orquestales". Esto es así, pero el Tribunal olvidó que esa obligación está condicionada a que el profesor haya sido incluído en el programa. No está probado que la señorita Leticia Zorro hubiera figurado en todos los programas y en cambio ya se vio que hubo algunos en que no le correspondía actuar. Sin otro elemento que lo dicho por el malicioso informe del señor Conde, el Tribunal sienta esta conclusión: "Emerge de lo hasta aquí visto que como la señorita Zorro infringió el decreto mencionado, no ejecutó el demandado Conde ningún hecho culposo porque estaba obligado a rendir el informe a su superior jerárquico conforme a los ordinales f) y h) del mismo decreto mencionado, que reza: "Son funciones del director... f) velar por la puntual asistencia de alumnos y profesores...; h) informar a la Dirección de Educación Pública la manera como los profesores cumplen sus obligaciones. Del anterior razonamiento se colige que José Manuel Conde obró dentro del dominio de una obligación que le fue impuesta por decreto del gobierno, que debía cumplir inexorablemente".

"**Cargo.**—Este es otro error de hecho y de derecho de la sentencia porque interpreta la obligación de los profesores en una forma absoluta y distinta a como ella debía cumplirse, y le dá un valor de plena prueba, de la infracción de ese deber, al informe del señor Conde, valor que no le reconoce ninguna de las disposiciones sobre pruebas. De este modo viola el Tribunal las disposiciones legales reglamentarias de las pruebas, y por no aplicación los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil. Esta violación apareja la absolución del señor Conde y por ello es vital en el fallo".

Cuarto cargo.—"El Decreto 133 de 1943 dictado por el señor Gobernador del Departamento del Magdalena, organizó el Instituto de Bellas Artes del mismo Departamento. En los considerandos de ese decreto no podía caber el motivo por el

cual se nombraba más o menos el mismo personal que destituyó el artículo 10 y reintegró el artículo 11 de dicho decreto. El artículo 9º que señaló el personal docente y administrativo del Instituto, dice que será el mismo de la Escuela de Música y repite lo establecido por el artículo 5º del Decreto 59 de 1939 orgánico de dicha Escuela, que a su vez estatuyó lo siguiente: 'Artículo 5º La Escuela de Música tendrá por el momento el siguiente personal: Un Director, un Secretario, los profesores que sean necesarios para el desarrollo del plan de estudios y un portero'.

"La señorita Leticia Zorro y el señor Joaquín Puello no fueron incluídos en el personal que se nombró para el Instituto de Bellas Artes. Y es verdad que en reemplazo de la señorita Leticia Zorro no aparece otra profesora. De estas circunstancias el H. Tribunal deduce **a priori** que la eliminación de la señorita Leticia Zorro no se debió al informe del señor Conde. Tal conclusión es manifiestamente contraria a la evidencia de los hechos que aparecen plenamente establecidos en los autos.

"El doctor Armando Fuentes, en declaración rendida dentro del término probatorio de la primera instancia, dijo: 'Sí es cierto que cuando ejercí el cargo de Gobernador del Departamento y para los efectos de la reorganización de la antigua Escuela de Música que se convirtió en Escuela de Bellas Artes, el director de Educación Pública, en ese entonces señor Luis Emilio Pinto, sometió a mi firma un Decreto nombrando el personal docente de dicho Instituto y que en ese Decreto **no se incluyó a la citada señorita Leticia Zorro H., en vista de los conceptos que sobre su labor estampó el Director de esta Escuela en informe que lleva fecha de diciembre de 1942** y que debe reposar en los archivos de la Dirección de Educación Pública. Como digo en la carta que se me pone de presente **fue ésta la razón por la cual la Gobernación no nombró a la señorita Leticia Zorro H. como profesora de la Escuela de Bellas Artes, y se declaró insubsistente su nombramiento anterior como profesora de piano en la Escuela de Música".** En oficio número 833 de 14 de abril de 1943 el señor Director de Educación Pública del Magdalena dice respecto a la prescindencia de los servicios de la señorita Leticia Zorro: "Es una facultad constitucional del señor Gobernador remover libremente los empleados de su elección, y **tal medida se cumplió en atención al informe del señor Director de la Escuela de Música, quien solicitó reemplazo".** Los considerandos del Decreto número 133 de 1943, no dicen que la destitución y nombramiento del personal se deban a la reorganización de la Escuela de Música, y para nada mencionan este asunto. Por consiguiente la declaración del señor doctor Fuentes y la nota del señor Director de Educación, no van contra el Decreto ni tampoco lo desvirtúan o lo modifican. Es entonces un error del H. Tribunal enfrentar la declaración del doctor Fuentes al referido Decreto para sostener **'Que por ese medio valdría más la declaración informal que el texto del acto administrativo'.**

"Son suficientemente conocidas las calidades moral e intelectual del doctor Fuentes cuya probidad y rectitud no pueden ponerse en duda. Su testimonio, por sí solo, tiene un especial valor y corroborado por la nota del Director de Educación Pública del Magdalena, adquiere el carácter de plena prueba, conforme a las normas legales de nuestro sistema probatorio".

"**Cargo.**—La sentencia desconoce la declaración del señor doctor Fuentes y el oficio del Director de Educación como prueba de que el informe del señor Conde fue el motivo determinante de la prescindencia de los servicios de la señorita Leticia Zorro. Con esta actitud incurre en un error de hecho y de derecho: Lo primero, porque desconoce los hechos que establecen esas pruebas y yerra de modo evidente en su interpretación. Lo segundo, porque viola los artículos 696 y 632 del C. J., negándole a dichas pruebas la estimación y el alcance que tales disposiciones les atribuyen. Ambos errores llevan a la violación de los artículos 2341, 2343 y 2356 del C. C. que dejan de aplicarse y como consecuencia, tales errores y violaciones determinan la absolución del demandado. Del análisis hecho hasta aquí resulta que corregidos los errores en que incurre la sentencia aparece probado en los autos: La desfiguración maliciosa de la verdad hecha por el señor José Manuel Conde en su informe contra la señorita Leticia Zorro Hernández, quien confesó profesarle enemistad (ejecución de un hecho prohibido por la ley). 2º Que el motivo determinante de la eliminación de la señorita Leticia Zorro de la nómina de profesores del Instituto de Bellas Artes del Magdalena se debió exclusivamente al informe del señor José Manuel Conde (nexo de causalidad entre la culpa y el daño). 3º Que la señorita Leticia Zorro sufrió un perjuicio cierto material y moral al perder el salario con que atendía a su subsistencia lo mismo que la circunstancia de no volver a trabajar en su profe-

sión por causa de haber sido destituída (perjuicio)".

Se considera:

Para mejor análisis de la demanda, y en vista de que cada cargo comprende la acusación por mala apreciación de una prueba, siendo todas similares, se procede a estudiarlos en conjunto.

1) Dice el recurrente que el Tribunal no ha debido darle valor a la declaración de la señora Luisa M. de Vásquez, debido a que ésta, al ser repreguntada, manifestó que estaba "brava" con la demandante desde hacía tres años, pero que no era enemiga de ella. (Cuaderno número 6, folio 7). De esto deduce el recurrente que la existencia de "un resentimiento capaz de prolongarse durante tres años, sin reconciliación, indica con claridad meridiana una honda y arraigada enemistad". Alega luego incompatibilidad entre la afirmación de la declarante respecto a las horas en que dictaba su clase y el certificado que obra a folio 35 del cuaderno número 5, según el cual era de 6 a 7 p. m. que concurría a ella; y agrega más adelante que conforme al artículo 669 del C. J. dicha señora estaba impedida para dar testimonio, tanto por ser enemiga de la demandante como porque al declarar estaba subordinada al señor Conde, director de la Escuela de Música, y debió obrar bajo el temor de ser víctima de alguna represalia. Concluye el cargo acusando la sentencia por error de derecho en la apreciación del valor de la prueba, infracción directa del inciso 7º del artículo 669 del Código Judicial, y consecuente violación de los artículos 2341, 2343 y 2356 del Código Civil que no fueron aplicados al caso.

Observa la Sala que el inciso 7º del artículo 669 del Código Judicial exige dos requisitos para que el impedimento previsto allí ocurra: a) Que se trate de un enemigo capital que declara contra su enemigo, entendiéndose por tal al que ha amenazado la vida de éste o lo ha injuriado o calumniado de modo grave; y b) Que no haya mediado reconciliación entre ellos. No es suficiente causa de impedimento la circunstancia de que el testigo tenga motivos de disgusto con la persona en contra de la cual declara, pues expresa y claramente el legislador determina la clase de enemistad a que se refiere, no sólo denominándola "capital", sino dando la definición exacta de lo que por ésta debe entenderse.

En el caso planteado, la declarante confiesa estar "brava" con la demandante y dá a entender que no ha mediado reconciliación. Pero niega enfáticamente que sea su enemiga. Por tanto, como de esas solas palabras no es posible deducir la existencia de la causal de impedimento alegada, el Tribunal interpretó correctamente el texto legal, al no admitir la tacha del testimonio. No existiendo, pues, el error de derecho invocado, no se pudieron violar como resultado de aquél los artículos que se citan del Código Civil. Las otras críticas a la apreciación del testimonio no las presenta el recurrente como error de hecho manifiesto ni señala una sola de las disposiciones legales que hubieran sido violadas en consecuencia.

2) Se refiere el recurrente, en este cargo, a la declaración de la señora María Luisa de Hundek (cuaderno número 6, fol. 11 vto.). Acusa la sentencia por error manifiesto de hecho al interpretar el Tribunal esta declaración de modo ostensiblemente distinto a lo expresado en su texto, dando por ciertos en el fallo hechos que ella no establece, hasta el punto de intercalar y subrayar en su transcripción (pág. 6ª del fallo) un "no" que cambia el sentido de la frase pronunciada por la testigo.

Se trata de lo siguiente: Preguntada la testigo: "¿Puede usted decir el concierto, designándolo por su nombre, en el cual según dice usted sabe de la excusa de la señorita Zorro; y sabe usted, y por qué lo sabe, que la señorita Leticia Zorro H. figuraba en el programa del concierto?" Contestó: "No recuerdo el nombre del concierto, pero supongo que la señorita Zorro se excusó de asistir a él porque figuraba en el programa". Es decir: la respuesta concuerda con la pregunta en que la señorita Zorro figuraba en el programa y que por eso se excusó de asistir. Es obvio que de no haber aparecido en él, su excusa era innecesaria. Pero al transcribir la declaración (no al comentarla) el Tribunal incluye en la respuesta aludida la palabra "nó", quedando así la frase: "No recuerdo el nombre del concierto pero supongo que la señorita Zorro se excusó de asistir a él **porque no figuraba en el programa** (subraya el Tribunal).

Cierto es que el sentido de la frase quedó invertido: la declarante afirma que supone que estaba incluída en el programa y en la transcripción del Tribunal aparece suponiendo que no lo estaba, circunstancia ésta que lejos de agravar alivia la posición probatoria de la demandante, pues como resultado de ese error el Tribunal concluye aceptando que "la señorita Zorro Hernández no asistió al concierto en honor de Mozart, porque no figuraba en el programa (es decir, admite la excusa favorablemente). No incidió ese

error en el rechazo de la demanda, sino todo lo contrario. Y esto es evidente, porque en el mismo párrafo y a continuación agrega el Tribunal: "Pero no ha demostrado que su no intervención en las otras ejecuciones musicales que dio el Instituto y a las cuales ella no asistió, se debió a la misma causa". Y en el siguiente párrafo continúa: "Si así no hubiese sido, le habría quedado fácil demostrar al señor apoderado de ella, como lo demostró respecto del concierto en que se interpretó a Mozart, que su mandante no aparecía con número alguno en los programas de las otras audiciones". (Fol. 61 vuelta, c. número 1).

Siendo favorable a la recurrente el error del Tribunal, no puede admitirse acusación contra la sentencia por tal motivo, pues de no haber incurrido en él, mayor fundamento habría tenido la conclusión a que llegó la sentencia de desestimar las peticiones de la demanda.

Igual cosa sucede con el error de derecho que se alega, fundado en que el Tribunal le dio a esa declaración el valor de plena prueba y tuvo así por demostrada la afirmación del señor Conde en su informe de no haber concurrido la demandante sino a la primera y a la quinta de las seis audiciones a beneficio de la "Biblioteca de la Escuela", a pesar de haber aparecido su nombre en los programas y ser éstos del dominio público". Incurrió aquí el recurrente en una lamentable equivocación: el error condujo al Tribunal no a confirmar por esa declaración el informe de Conde, sino muy al contrario, a desvirtuarlo en lo relativo a ese concierto; por eso, admitiendo que la señorita Zorro no hubiera figurado en el programa, justifica su ausencia de tal acto. De tener fundamento el cargo de error de derecho en la apreciación de esa prueba, no serviría en ningún caso para demostrar que sin tal error otro hubiera sido el resultado de la sentencia.

A continuación, el recurrente invoca las declaraciones de María Luisa de Hundek, y Luisa M. de Vásquez (a quien acusa en el anterior cargo como enemiga mortal de la demandante e impedida para rendir testimonio), y la transcripción del programa de Mozart, para concluir que la señorita Zorro únicamente dejó de asistir a un concierto, presentando la correspondiente excusa, y que en consecuencia no se justificaban los conceptos del informe del señor Conde; y concluye: "Juzgando con el más exigente criterio estos hechos, surge cuando menos una seria presunción de sospecha sobre la veracidad del informe del señor Conde. Y esa sospecha llega a convertirse en evidencia si se tiene en cuenta que el señor Conde confesó que tenía enemistad con la señorita Leticia Zorro desde el día en que fue a comunicarle a ella, su nombramiento de profesora de piano de la escuela de música del Magdalena, es decir, desde que ella ingresó a ese plantel. No cabe duda de que el señor Conde desfiguró maliciosamente la verdad en su informe. No obstante, la sentencia concluye que el informe del señor Conde no fue culposo, que es verídico y que no ha sido desvirtuado".

Del examen de las declaraciones que se citan no encuentra la Sala la plena prueba que hubiera podido desconocer el Tribunal a pesar de su evidencia manifiesta, de la malicia ni de la actitud culposa del demandado al dar el informe objeto del pleito. Era de cargo de la demandante la prueba de sus afirmaciones contenidas en los hechos de la demanda, y el Tribunal fue de opinión que: "la demandante no ha desvirtuado en este juicio el contenido del informe dado por Conde al Director de Educación Pública, en lo que a ella respecta, y por el contrario, el demandado ha probado que ella no asistió a todos los conciertos que se daban en la Escuela". (Folio 62 vta., cuaderno número 1). El Tribunal, como se ve, consideró que bastaba la prueba traída por el demandado, de que la señorita Zorro "no asistió a todos los conciertos", para que no existiera mérito para su condena. El Tribunal no afirma que sea cierto que dicha señorita no hubiera asistido a todas o a cierto número de las funciones musicales. La evidencia de los hechos en contrario no aparece en forma alguna.

El cargo, por consiguiente, no puede prosperar.

3) Dice en este cargo el recurrente que no está probado que la señorita Zorro hubiera figurado en todos los programas y que sí lo está la circunstancia de que en algunos no le correspondía actuar; de lo cual deduce que la obligación impuesta a los profesores por el Decreto número 59 de 10 de febrero de 1939 de la Gobernación del Magdalena, de "tomar parte en las ejecuciones orquestales", no aparece violada por la demandante. No obstante —agrega— la sentencia admite que se hubiera violado tal decreto por la demandante y que por tanto ningún hecho culposo ejecutó el señor Conde, al dar su informe.

El Tribunal, en efecto, estima que Conde podía y debía dar los informes a la Dirección de Educación Pública sobre asistencia de profesores, porque así se lo exigían los ordinales f) y h) del mismo decreto citado.

En el cargo se afirma que hay error de hecho y de derecho en el fallo, porque interpreta la obli-

gación de los profesores en una forma completamente distinta a como ella debía cumplirse y le da valor de plena prueba de la infracción de ese deber, al informe del señor Conde. Pero la Sala no encuentra fundada la acusación, ya que el Tribunal se basa en las pruebas allegadas al juicio —y no en el informe de Conde— para concluir, como se vio en el punto anterior, que estaba demostrado cómo la demandante no concurrió a todos los conciertos. No dice el Tribunal en parte alguna que los profesores estuvieran obligados a asistir aún en el caso de no figurar en los programas; al contrario, como consecuencia del error cometido en la transcripción del testimonio de María Luisa de Hundek, atrás considerado, el sentenciador justifica que por no figurar en el programa la señorita Zorro no hubiera asistido al concierto correspondiente, y agrega que ella no probó, para justificar su ausencia de los demás conciertos a que dejó de asistir, que tampoco hubiera figurado en los programas respectivos.

Ningún error de hecho o de derecho aparece en la apreciación del Decreto número 59 de 1939. Además, no dice el recurrente en qué puede consistir el error de derecho al respecto, ni menciona texto legal sobre pruebas que hubiera sido violado en este aparte de la sentencia.

4) Acusa, por último, el recurrente la sentencia del Tribunal por haber considerado éste que no se debió al informe de Conde la destitución de la señorita Zorro, sino a la reorganización del Instituto, incurriendo en error de hecho y de derecho en la estimación de la declaración del doctor Armando Fuentes y del oficio del Director de Educación.

El doctor Fuentes dice que cuando desempeñaba el cargo de Gobernador del Departamento, "y para efectos de la reorganización de la antigua Escuela de Música que se convirtió en Escuela de Bellas Artes", el entonces director de Educación le sometió a su firma un decreto nombrando el personal de dicho Instituto y que no se incluyó en él a la señorita Zorro, "en vista de los conceptos que sobre su labor estampó el director de esta Escuela en informe que lleva fecha de diciembre de 1942". Reconoce el testigo la carta que lleva su firma y obra en autos, y que está redactada en parecidos términos.

En el oficio del Director de Educación Pública del Magdalena, de 14 de abril de 1943, se dice: "Es una facultad constitucional del señor Gobernador remover libremente los empleados de su elección, y tal medida se cumplió en atención al informe del señor Director de la Escuela de Música, quien solicitó reemplazo".

Estas dos pruebas demuestran, es cierto, que el informe de Conde influyó en la no designación de la demandante para profesora del nuevo Instituto. Pero el Tribunal estimó, como de los comentarios anteriores se deduce, que se había probado que la señorita Zorro no concurrió a todos los conciertos organizados por el Instituto y en cuyos programas figuraba, y que por tal razón dicho informe lejos de ser culposo está conforme con las funciones y deberes del Director. Este concepto no ha sido desvirtuado en la forma terminante que el error de hecho requiere para servir de motivo de casación; y como por otra parte el error de derecho no ha sido demostrado, esta última acusación resulta ineficaz. Aún admitiendo que el informe fuera la causa de la no designación de la demandante, no estaría comprobado que con ello se hubiera incurrido en culpa o dolo por parte del demandado.

Tampoco se ha demostrado que haya error manifiesto de hecho o error de derecho en la afirmación que trae la sentencia, de que no se puede admitir como plena prueba del motivo de destitución de un empleado "lo que el funcionario expresa y mucho menos cuando ya es un particular como es el caso del doctor Fuentes, fuéra del respectivo decreto, pues para eso son los correspondientes considerandos del mismo. Y es que por ese medio valdría más la declaración informal que el texto del acto administrativo".

De los cuatro cargos estudiados no aparecen, pues, las violaciones de la ley sustantiva. No es el caso, en consecuencia, de acceder a la demanda.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

NO SE CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta el 10 de mayo de 1949, en el presente juicio de Leticia Zorro contra José Manuel Conde C.

Costas del recurso de cargo de la recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde—Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

El Tribunal tiene completa autonomía para apreciar las pruebas que obran en autos y no corresponde a la Corte variar dicha apreciación, mientras no se demuestre el error evidente, de hecho o de derecho, alegado por el que demanda en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B. de Casación Civil.—Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

Arturo Escudero contra Serafín González

Antecedentes:

1.—Jacinto Buitrago se obligó para con Serafín González, a pagarle la cantidad de $ 300.00 y para ello aceptó tres letras por dicho valor, con fecha 22 de agosto de 1944. Llegado el vencimiento, González procedió ejecutivamente contra su deudor, pero antes solicitó embargo y secuestro preventivos de un automóvil que afirmó le pertenecía al deudor Buitrago; solicitud que despachó favorablemente el Juzgado 2° Municipal de Armenia, el cual decretó las diligencias pertinentes el 8 de noviembre del indicado año.

2.—El vehículo denunciado para el embargo por el doctor Arturo Peláez Ocampo, apoderado de Serafín González, fué "un automóvil Studebaker, color negro, modelo 1935, número de motor 2408857, distinguido con la placa de circulación de Caldas Nº 2158".

3.—Al tiempo de practicar el secuestro el mismo apoderado señaló, como de propiedad del deudor Buitrago, un vehículo que resultó ser distinto del que se determinó para el denuncio del embargo. En otras palabras: el vehículo secuestrado fué un modelo de 1937 con motor Nº B-10680; a tiempo que el denunciado era modelo de 1935 y motor Nº 2408857. No obstante la diferencia anotada, el secuestro se consumó.

4.—El señor Arturo Escudero se presentó en el acto de la diligencia y alegando su carácter de dueño y poseedor del vehículo secuestrado, manifestó que se oponía, pero su oposición no le fué aceptada por cualquier motivo.

5.—Posteriormente el citado Escudero por memorial del 24 de noviembre, dirigido al mismo Juez 2º Municipal de Armenia, solicitó el levantamiento del secuestro, y de la petición se dió traslado tanto al ejecutante como al ejecuado quienes guardaron silencio.

6.—El 27 de agosto de 1945 el Juzgado accedió a decretar el levantamiento del secuestro, admitiendo que el opositor Escudero era poseedor y dueño del vehículo al tiempo de efectuar aquel depósito. De la providencia favorable a Escudero apeló el ejecutante González y el Superior, por auto de 22 de octubre la confirmó; en su cumplimiento, el Juzgado Municipal procedió a entregarle el vehículo con sus accesorios a Arturo Escudero y ello ocurrió el 21 de noviembre de 1947. Al recibir éste su automóvil protestó acerca del mal estado en que aquél se encontraba, como se hizo constar en el acta de la diligencia.

7.—Acerca del número de la placa de circulación es pertinente hacer notar lo que explica el auto del señor Juez 2º Municipal de Armenia, el que lleva la fecha del 27 de agosto de 1945, donde puede leerse: "Obra en el expediente un certificado de la Dirección de Circulación y tránsito de esta ciudad de fecha 8 de noviembre de 1944, en la (sic) cual consta, que en los libros de matrículas de dicha oficina aparece como propietario de un automóvil marca Studebaker, modelo 1935, motor Nº 2408857 y placas Nº 2158 el señor Jacinto Buitrago. Con base en este certificado se denunció y solicitó el embargo y secuestro referidos (sic). 3º En la diligencia de secuestro, el señor Juez debió desistir de efectivar (sic) el depósito del automóvil, aun sin la advertencia del opositor, pues no quedaba la menor duda de que se trataba de otro vehículo en todo diferente al denunciado y el solo hecho accidental de coincidir las placas no constituye prueba cierta de la identidad del citado mueble. 4º—De la confrontación de los certificados de la Dirección de Circulación y Tránsito que obran en el expediente se acusa falta de cuidado y método por parte de dicha oficina, pues en el de fecha 8 de noviembre

de 1944, se certifica que el automóvil marca Studebaker, modelo 1935, motor Nº 2408857, con placa N° 2158 es de propiedad del señor Jacinto Buitrago; en el certificado de fecha 10 de noviembre se dice que las referidas placas pertenecen al señor Buitrago desde el 25 de agosto de 1944, y en el permiso de 4 de octubre del mismo año, expresa la misma oficina, que el vehículo que portaba las placas 2158 de Caldas, fué retirado del servicio público, y aquéllas le fueron cedidas al señor Luis Carlos Buriticá".

8.—Por demanda del 10 de diciembre de 1945 el apoderado de Arturo Escudero demandó ante el Juzgado del Circuito de Armenia a Serafín González para que en juicio ordinario se dijera que éste es civilmente responsable de los perjuicios causados a Escudero, por obra del embargo y secuestro preventivos del automóvil de que se ha hablado y que, como consecuencia de esa responsabilidad, se condenara al demandado a pagar al demandante la cantidad de $ 3.000.00 por concepto del valor de los perjuicios o la que se fijara en el juicio.

9.—El 20 de marzo de 1947 salió la sentencia del Juzgado que condenó a González al pago de los perjuicios cuyo monto debería señalarse al tiempo de la ejecución del fallo.

10.—El demandado apeló y el negocio subió al Tribunal de Pereira donde, tramitada la segunda instancia, se revocó la sentencia del Juzgado y se absolvió al señor Serafín González de todos los cargos formulados en la demanda de Arturo Escudero.

La sentencia acusada

Esta lleva fecha de 19 de septiembre de 1947. Hace el recuento del pleito y expone las consideraciones cuya síntesis puede ser la siguiente:

Al apreciar la cuestión de hecho el Tribunal se hace cargo de que el demandante afirma que el demandado Serafín González incurrió en culpa, de la cual se desprende la obligación de indemnizar perjuicios, porque al tiempo de denunciar el vehículo como de propiedad de su presunto ejecutado, aquél tenía pleno conocimiento de que el automóvil era de propiedad de Arturo Escudero.

Que Serafín González al proponerse asegurar por medidas preventivas un crédito que intentaba hacer efectivo por la vía ejecutiva, no obró imprudentemente sino en ejercicio de un legítimo derecho porque la ley autoriza tales medidas preventivas en esos casos.

Que aunque al juicio no se hubiera traído original el certificado de la Oficina de Circulación y Tránsito, sobre la propiedad del vehículo denunciado por el presunto ejecutante, en la providencia del Juzgado 2º Municipal de Armenia, al decretar el levantamiento del depósito, se lee que en el expediente obraba precisamente ese certificado, y él sirvió para solicitar y obtener el embargo y secuestro referidos.

De lo anterior se deduce, según el Tribunal, que el apoderado de González no obró con malicia al denunciar ese vehículo como de propiedad del deudor Buitrago y que, hasta el momento de decretar las medidas preventivas, no puede imputarse al mencionado González ninguna culpa que lo haga responsable del resarcimiento de perjuicios.

Que si más adelante acabó por secuestrarse un vehículo, al parecer distinto del que fué denunciado por el representante de González, y pudiera haber en ello culpa o actos culposos, ellos son más bien imputables al funcionario que practicó la diligencia de secuestro y no a Serafín González o a su apoderado. Que si bien es cierto que el doctor Peláez Ocampo apoderado de González mostró al Juzgado, en la plaza de Armenia, el automóvil que debía secuestrarse, allí no puede encontrarse mala fe, si se considera que tal automóvil tenía el mismo color, la misma marca y las mismas placas del que fué denunciado como de propiedad de Buitrago.

Que es ciertamente censurable la conducta del Juzgado 2º Municipal de Armenia al abstenerse de aclarar en la diligencia de secuestro la identidad del automóvil, mediante las averiguaciones conducentes sobre la diferencia del número del motor, etc. Y más censurable que no hubiera admitido la oposición de Escudero, quien alegó tener como dueño el automóvil, siendo así que en tales casos debe dejarse la cosa en poder de quien la reclama, como lo dispone el art. 278 del C. J. Pero que esos errores u omisiones del funcionario que practicó la diligencia de secuestro no pueden ser imputables a Serafín González, ni menos aún pueden llegar a ser presuntivos de culpa. Agrega luego lo que se transcribe a continuación, copiándolo literalmente:

"Como lo ha dicho esta Sala, en la interpretación de la ley y en la apreciación de los hechos y circunstancias que rodean el debate judicial, lo mismo que en la valoración de la prueba, el Juez tiene hasta cierto punto libertad de acción. Que el Juez puede equivocarse, y que en realidad se equivoca en muchos casos, es un hecho tan cier-

to como que el hombre no es infalible. Por ello se explica el sistema de los recursos procesales y hasta la misma organización de la jerarquía judicial. Pero esas equivocaciones no pueden considerarse, se repite, como hechos culposos de las partes contendoras. De lo contrario, se llegaría a la conclusión inadmisible de que todo el que pierde un pleito, incidente o recurso, queda por eso mismo con la obligación de indemnizar perjuicios a la contraparte".

Al estudiar la prueba sobre el conocimiento que el demandante le atribuye a González, relativo a la propiedad del vehículo denunciado como perteneciente a Buitrago, cuando en realidad lo era de Arturo Escudero, el Tribunal analiza las declaraciones de los testigos presentados por el mismo demandante y encuentra que son testimonios legalmente defectuosos y que no pueden tenerse como prueba del hecho alegado.

El fallo hace mérito de la doctrina contenida en una sentencia de esta Corte que lleva fecha de 19 de mayo de 1941, de la cual se desprende una estrecha similitud de situaciones entre el caso del pleito y el de Villamil contra Morales decidido en aquella sentencia de 1941. Por lo pertinente vale reproducir lo que el Tribunal tomó en cuenta. Entonces dijo la Corte:

"Sea que se considere la teoría del abuso del derecho a la luz de la concepción clásica o intencional ... sea ante el aspecto de la concepción funcional, o también por el aspecto de la anormalidad o exceso en el ejercicio de una vía legal, fundamentos éstos de la teoría que se estudia, es preciso llegar a la conclusión de que Morales no incidió en culpa alguna que le sea imputable al proceder como lo hizo cuando ejecutó, cuando pidió y obtuvo el embargo y secuestro de las mercancías. El dolo, la malicia o el interés de perjudicar a Villamil, están descartados del debate de modo que no es el caso de considerar el factor intencional. No queda entonces sino la falta o ausencia de un interés serio en Morales, o el error de conducta de éste al escoger la vía ejecutiva y al no desistir del embargo y secuestro una vez que Villamil presentó la escritura.

"Falta de interés serio en Morales no pudo ser, desde luego que éste en una demanda que prosperó, como tenía que prosperar, se presentó como acreedor de Vega, con la plena prueba de su acreencia que no ha sido ni podía serle rebatida en el proceso. Error de conducta en la escogencia de la vía judicial que adoptó, para hacer efectivo su crédito, tampoco puede encontrarse, porque la acción ejecutiva incoada por Morales es precisamente la establecida para el caso según los artículos .... del antiguo código judicial .... y del actual .... Error de conducta en el embargo de las mercancías por ser excesivo tampoco pudo existir y basta para ver la evidencia de esta conclusión comparar el valor del crédito que se recaudaba ejecutivamente, con el avalúo dado a las mercancías.

"Pero sostiene el recurrente que la culpa, que el error de Morales, consistió en no haber desistido del embargo y secuestro cuando Villamil presentó la escritura de venta que de las mercancías aludidas le había hecho Vega. A ésto responde la Corte que Morales en primer término no se opuso a la petición de Villamil y en segundo que no estaba obligado al desistimiento porque habiendo quedado el extremo sobre propiedad de las mercancías **sub judice,** por actuación de Villamil, lo pertinente era aguardar la resolución judicial. De otra manera se llegaría a la conclusión inaceptable de que siempre y en todo caso que una de las partes presente en un litigio una prueba que aparentemente lo favorezca, la contraparte debe desistir obligadamente del pleito. Se tendría entonces que toda litis debiera terminar no por sentencia sino por simple desistimiento, cuando uno de los interesados estimara que por haber presentado una prueba, su contraparte podía desistir de aquélla so pena de incurrir en culpa. No, ni la teoría del abuso del derecho ni la de la simple culpa ni cualquiera de los fundamentos en que se basa aquélla, dan asidero a semejante conclusión y es pertinente observar que en ciertos casos de culpa como a los que se refieren los artículs 2341, 2345, 2347, del código civil, la demostración de la culpa incumbe al actor y no se presume. Pero hay más: no siempre que se intenta un pleito y el actor no triunfa, como sucede con frecuencia, puede decirse que hay abuso del derecho, porque si es evidente que el art. 194 del código judicial está condicionado a que el ejercicio de la acción incoada sea serio y recto, también lo es que reemplazando en toda sociedad civilizada el derecho a la fuerza, está atribuído a los jueces dar a cada uno lo que le corresponde, según las normas legales, y las diferencias entre los particulares se someten a la decisión de la autoridad competente, por cuanto es la diversidad de conceptos, los diferentes aspectos de una cuestión, las diferentes pruebas, las que suscitan la controversia entre los particulares, que no pudiendo resolver éstos, hace menes-

ter el imperio de la decisión judicial..." (G. J., Tomo LI, págs. 288 y 289).

Fundado, pues, en esta doctrina de la Corte, el Tribunal apreció la cuestión de derecho en el sentido de concluír, como concluyó, revocando la sentencia apelada y absolviendo al demandado de los cargos de la demanda.

El recurso

Oportunamente lo propuso el apoderado de Arturo Escudero y tramitado en debida forma, sin contestación de la parte opositora, pasó al estudio el 27 de octubre de 1948. Estando en turno, se procede a despacharlo. Dice el recurrente:

"Impugno el fallo de segunda instancia, como lo anoté antes, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea. Y por violación de la misma ley, proveniente de apreciación errónea y falta de apreciación de algunas pruebas, que llevaron al Tribunal a cometer errores de derecho y errores de hecho, los cuales aparecen demostrados de manera evidente en los autos.

".....

"Ataco la sentencia materia del recurso por haber quebrantado los artículos 2341, etc. del código civil, por violación directa al no haberles dado aplicación en el presente litigio, siendo de imperiosa observancia su contenido.

"Esa infracción se desprende de haber considerado el fallador que el demandado González no es responsable civilmente al tenor de los artículos 2341, 2347, 2356, en armonía con los arts. 2186 y 1505 del C. C., de los daños que causó a Escudero, al haber señalado, el apoderado de aquél en el acto del secuestro, al Juzgado Segundo Municipal de Armenia, el automóvil marca Studebaker, Presidente, color negro, modelo de 1947, distinguido el motor con el número **B.-10680**, como el mismo que había denunciado de propiedad de Jacinto Buitrago, marca Studebaker, **modelo 1935,** motor Nº 2408857, y cuyo embargo y secuestro practicó el Juzgado".

Basta lo transcrito para comprender que el recurrente, aunque invoca todos los conceptos de violación de ley sustantiva, confundiendo la violación directa con la aplicación indebida y con la interpretación errónea, en definitiva señala como verdadero motivo para acusar sólo aquello que atañe a la apreciación del Tribunal sobre la prueba de la culpa que Arturo Escudero le imputa a Serafín González, al solicitar y obtener el embargo y secuestro preventivos del automóvil que denunció como de propiedad de un tercero: Jacinto Buitrago, deudor de González.

La Sala, por tanto, se limitará a examinar este aspecto, que es el único aceptable, para analizar el recurso.

Pero antes vale la pena extractar otros dos pasajes de la demanda de casación, que sirven para confirmar el modo como se plantea el problema, según se acaba de expresar. Dice el recurrente:

"...Hay un verdadero error de apreciación del Tribunal al considerar que Serafín González no obró imprudentemente, ya que como se ve de la misma transcripción del fallo, más que imprudencia, hubo una temeridad de parte del demandado González al señalar al Juez 2º Municipal de Armenia, el automóvil de Escudero, como el mismo que había denunciado como de propiedad del deudor Jacinto Buitrago, no obstante tratarse de modelos diferentes y estar distinguidos los motores con distinta numeración, esa temeridad e imprudencia, y aún culpa grave de parte de González, resalta más, si consideramos que éste y su apoderado Peláez Ocampo, son choferes, y explotan la industria del servicio público de automóviles. Este hecho lo reconoce y confiesa Serafín González al absolver posiciones".

"...El secuestro se consumó en el vehículo de Escudero por haber indicado o señalado el ejecutante González al Juez del conocimiento, y hecho secuestrar el automóvil de mi poderdante, como el mismo que había denunciado, como de propiedad de Buitrago".

Se considera:

Examinando la sentencia, materia del recurso, en la parte en que el Tribunal aprecia lo relativo a la prueba de la culpa, se advierte que no acierta el recurrente, porque el Tribunal tuvo muy en cuenta que la explicación justa del embargo de un automóvil distinto al denunciado por Serafín González, como de propiedad de su deudor Buitrago, y que resultó pertencerle al señor Arturo Escudero, radica en el certificado erróneo expedido por la Dirección de Circulación y Tránsito, que es una entidad oficial encargada de llevar el registro de la propiedad de los vehículos automotores y cuyos documentos merecen crédito, mientras no se demuestre lo contrario.

Siendo ésto así, la causa del hecho dañoso no puede radicarse en las actividades de González y su apoderado, sino que tienen fuente distinta; o

mejor: la imputabilidad se desplaza, desapareciendo, pues, la relación de causalidad necesaria entre la culpa y el daño, porque la culpa no es imputable al demandado y, por tanto, no es causa directa del daño inferido al demandante.

De este modo falta fundamento para acusar de errónea la apreciación del proceso, hecha en la sentencia. En cambio es aplicable la conocida doctrina de que el Tribunal tiene completa autonomía para apreciar las pruebas que obran en autos y que no corresponde a la Corte variar dicha apreciación mientras no se demuestre (que aquí no se ha demostrado) el error evidente, de hecho o de derecho, alegado por el que demanda en casación.

Otro aspecto por donde también acusa el recurrente, sin éxito, consiste en afirmar que el Tribunal violó por indebida aplicación y por errónea interpretación el art. 1021 del código judicial, que dice: "Si en la misma diligencia el ejecutante insiste, la oposición del tercero se abre a prueba y se sustancia de allí en adelante, a manera de una articulación".

No hace falta detenerse a examinar el fundamento que le señala el recurrente a su cargo, por dos razones, a saber: la primera, porque el art. 1021 del código judicial no es una norma sustantiva cuya violación, caso de haberse demostrado, dé origen al recurso de casación, y segunda, porque el Tribunal al apreciar el problema fundamental de la culpa, que se le imputó al demandado, tuvo en cuenta otras razones que ya fueron examinadas arriba y contra las cuales tampoco prosperan los cargos del recurso.

Para terminar, la Sala advierte que la circunstancia, aunque probada en los autos, de que Serafín González fuera experto en el ramo de automóviles, y aún posiblemente chofer de profesión, no constituye prueba de su mala fe o de su negligencia, al señalar el automóvil en que se practicó el secuestro, como de propiedad de su deudor Buitrago, porque el registro de esa propiedad se lleva y se llevaba en una oficina pública a quien corresponde certificar sobre ella, y el ser experto en el ramo de automóviles no quiere decir que se esté obligado a rectificar los errores en que haya podido incurrir la oficina encargada de llevar el registro de la propiedad de los vehículos. Si hay alguna culpa en este asunto, ella es plena y exclusivamente imputable a la Dirección de Circulación y Tránsito de Armenia y no al demandado Serafín González.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, pronunciada en este juicio el 19 de septiembre de 1947.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas.—Luis Enrique Cuervo A.—Güalberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.—Hernando Lizarralde, Secretario.

REQUISITOS DEL RECURSO DE REVISION

1. — De acuerdo con el numeral 1º del art. 542 del C. J., tres puntos principales se deben establecer:

a) Que el documento recobrado sea decisivo para el caso;

b) Que el documento hubiera estado detenido por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida con la sentencia; y

c) Que el documento se RECOBRE, esto es, que antes hubiera estado en poder de la parte que interpone el recurso.

2.—Con la revisión alcanzada, se quebranta el principio de la cosa juzgada, en el cual descansa todo el orden jurídico y es garantía para la organización estatal y muy especialmente para los derechos ciudadanos. No es entonces cualquier prueba la que se necesita en tal caso, sino una prueba completa, absoluta, sin duda alguna, clara, precisa, que lleve al ánimo del juzgador un convencimiento indudable sobre una realidad jurídica.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

ANTECEDENTES

1º "Luisa" se llama un inmueble rural situado en el Municipio de El Guamo, del Departamento del Tolima.

Lázaro Calvo Pulecio, casado con Julia Lara, compró aquel inmueble a Trinidad Pulecio, y vendió después parte de él a Eduardo Calvo Pulecio, y otra parte a Jorge Calvo Pulecio, quien a su turno la vendió a Luis Alberto del Campo. Y como éste traspasó su derecho de dominio a Eduardo Calvo Pulecio, comprador de Lázaro Calvo Pulecio, quedó el citado Eduardo Calvo Pulecio dueño de dos partes de "Luisa": la comprada directamente a Lázaro, y la que fue primero de Jorge Calvo Pulecio y después de Luis Alberto del Campo.

Se aclara más esto así: Eduardo Calvo Pulecio es dueño de dos partes en el inmueble "Luisa", ambas provenientes de Lázaro Calvo Pulecio, la una comprada directamente, y la otra que fue de Jorge Calvo Pulecio.

2º El ya citado Lázaro Calvo Pulecio vendió otra parte de "Luisa" a José Joaquín Calvo Pulecio.

3º La esposa de Lázaro Calvo Pulecio —Julia Lara, ya citada—, estimando que la compra de "Luisa" se hizo durante la sociedad conyugal, y que de la misma manera la venta de los tres lotes se realizó dentro de esa sociedad, propuso dos acciones que han marchado pareadas ante los jueces: una acción contra Eduardo Calvo Pulecio, que se refiere a los dos lotes del número 1º, y otra acción contra José Joaquín Calvo Pulecio, que se refiere al lote de que trata el número 2º.

4º Ambas acciones tienden a que vuelvan a la sociedad conyugal Calvo-Lara, los lotes de "Luisa", porque la compra de ésta y la venta de los lotes se realizaron antes de la expedición de la ley 28 de 1932.

5º Ambas acciones fueron decididas en sentido favorable a la demandante, tanto por los jueces como por el Tribunal Superior de Ibagué.

6º Las dos sentencias del Tribunal subieron en recurso extraordinario a la Corte, y ninguna de ellas fue casada.

7º Sobre las dos sentencias de la Corte se interpuso el recurso de revisión, y ya fue decidido el relacionado con el señor Eduardo Calvo Pulecio, según fallo de veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, en el cual se declaró inadmisible ese recurso de revisión.

8º La razón para solicitar revisión por parte del señor Eduardo Calvo Pulecio fue ésta, según dice el fallo que se acaba de citar: que con un documento privado que se acompaña a la demanda "se acredita como plenamente probada la excepción de simulación relativa de la escritura número 73 de 11 de marzo de 1932 de la Notaría del Circuito del Guamo, y consiguientemente la carencia de personería sustantiva de los demandantes, siendo el caso de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención formulada por Eduardo Calvo Pulecio en el mencionado juicio". (Por la escritura citada, Lázaro Calvo compró el inmueble "'Luisa" a Trinidad Pulecio, según se expresó en el número 1º).

9º Dice el mismo fallo que Eduardo Calvo Pulecio alegó lo siguiente: "Que la defensa de la de-

manda principal y la acusación en la reconvención, se apoyaron en la circunstancia de existir una simulación... y que siendo él sabedor de la existencia de un documento privado en que se hizo constar dicha simulación, se practicaron toda clase de diligencias, que fueron infructuosas durante las instancias, para dar con su paradero y llevarlo al juicio, porque el documento fue detenido por fuerza mayor o por obra de los demandantes"; advierte además, que el citado documento con el cual se prueba la simulación de la escritura 73 "le fue enviado por correo urbano de El Guamo en el mes de noviembre de 1945, cuando ya no era posible allegarlo al proceso por haberse vencido el término probatorio".

Estos son los antecedentes de los dos juicios. Y ahora entra la Sala a estudiar la revisión que se ha solicitado en el juicio contra José Joaquín Calvo.

REVISION

Julia Lara v. de Calvo propuso, en su nombre y en el de sus tres hijos menores, demanda contra José Joaquín Calvo sobre el dominio de todo el globo de tierra llamado "Luisa", y de una parcela situada dentro de ese globo, comprada por el citado José Joaquín a Lázaro Calvo.

Se opuso el demandado manifestando que fue simulada la venta hecha por Trinidad Pulecio a Lázaro Calvo Pulecio, venta que se hizo para que éste distribuyera el inmueble entre varios hermanos; y propuso entre otras las excepciones de "falsedad" porque no hubo venta real, y de "nulidad por simulación" porque la vendedora "no tuvo ni ánimo ni intención de transferir los derechos de propiedad y de dominio de la finca, ni Lázaro Calvo Pulecio tuvo intención de adquirir para él el supradicho inmueble".

El aquí demandado propuso demanda de reconvención, "contra la sucesión ya liquidada de su finado hermano Lázaro Calvo Pulecio, representada por su cónyuge sobreviviente señora Julia Lara v. de Calvo y por sus menores hijos", a fin de que se declare, entre otras cosas, que el inmueble en cuestión pertenece a la sucesión ilíquida de la señorita Trinidad Pulecio, debido a que la venta que ésta hizo a Lázaro "fue nula por simulación".

El Juzgado, por sentencia de treinta de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres acogió todas las súplicas de la demanda principal y desechó las de la demanda de reconvención; y el Tribunal de Ibagué, en fallo de veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, confirmó llanamente el de primer grado. El Tribunal examinó las declaraciones de testigos con los cuales se quiso establecer la simulación, y dedujo que no forman prueba para el caso.

Llegado a la Corte el expediente para considerar el recurso de casación, la Sala Civil no infirmó la sentencia del Tribunal de Ibagué; y en la demanda de casación no se tocó el punto sobre simulación. La sentencia de casación tiene fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, y fue publicada en la misma fecha, de acuerdo con el artículo 479 del C. Judicial.

Contra esta sentencia se invocó el recurso de revisión de que tratan los artículos 542 y siguientes del C. Judicial, según demanda de 11 de marzo de 1948, en que los herederos de José Joaquín Calvo Pulecio piden entre otras cosas:

a) Que es revisable aquella sentencia de la Corte de catorce de mayo, y que son revisables, como consecuencia, las sentencias de primero y segundo grado dictadas en el mismo juicio.

b) Que con el documento suscrito en la hacienda "Luisa", de 6 de abril de 1932, por Trinidad Pulecio y Lázaro Calvo Pulecio, "cuya copia auténtica se acompaña, queda plenamente probada la excepción de simulación relativa del contrato que se hizo constar en la escritura 73 de 11 de marzo de 1932", y también la excepción de carencia de personería sustantiva de los demandantes Julia Lara v. de Calvo y sus hijos.

Entre los hechos alegados en esta demanda, se encuentran los mismos alegados en la otra, y de que dan razón los números 8 y 9 de atrás, que hablan de que después de los períodos probatorios del juicio llegó a manos de Eduardo Calvo Pulecio un documento suscrito entre Trinidad Pulecio y el citado Eduardo Calvo Pulecio, documento "que fue detenido por fuerza mayor o por obra de los demandantes Julia Lara de Calvo y sus hijos", y que llegó "por el correo urbano de El Guamo y sin conocerse su procedencia".

Como el negocio ha cumplido todos los trámites legales, y está en turno para decidirlo, a ello se procede.

Entra la Sala a hacer un estudio sobre los puntos que deben probarse para alcanzar éxito en el recurso que se está considerando, y sobre las pruebas que con relación a esos puntos han sido presentadas.

Por lo que se ha visto, la parte recurrente basa su solicitud en el numeral 1º del artículo 542 del C. Judicial, que versa sobre el recurso de revisión, el cual numeral dice:

"Si después de pronunciada la sentencia se re-

cobran piezas decisivas detenidas por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida".

De acuerdo con este texto legal, tres puntos principales se deben establecer:

a) Que el documento recobrado sea decisivo para el caso;

b) Que el documento hubiera estado detenido por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida con la sentencia; y

c) Que el documento se *recobre*, esto es, que antes hubiera estado en poder de la parte que interpone el recurso.

La sentencia sobre el que se ha estado llamando otro juicio, que es el entablado contra Eduardo Calvo Pulecio, sentencia en que ya se decidió el recurso de revisión, transcribe doctrinas de la Corte muy claras y convincentes sobre todos estos puntos, las cuales se encuentran en fallos publicados en la GACETA JUDICIAL, Tomos LIV-bis, pág. 214, y LXIV, números 2062-3, según citas de aquella sentencia. A esos fallos se puede agregar el publicado en el Tomo LVII, pág. 506.

Letra a)—Es decisivo el documento que se invoca, es decir, tendrá él fuerza legal suficiente para alcanzar una revisión?

Con la revisión alcanzada, se quebranta el principio de la cosa juzgada, en el cual descansa todo el orden jurídico y es garantía para la organización estatal y muy especialmente para los derechos ciudadanos. No es entonces cualquier prueba la que se necesita en tal caso, sino una prueba completa, absoluta, sin duda alguna, clara, precisa, que lleve al ánimo del juzgador un convencimiento indudable sobre una realidad jurídica.

Se consigue esto con el documento de que se dice llegó a manos, no del demandado en este juicio, sino del señor Eduardo Calvo Pulecio, según se afirma? No por cierto.

Cuando el recurso fue instaurado, estaba cursando un juicio ordinario sobre simulación con base en el documento, y éste había sido redargüido de falso. Su antenticidad, pues, estaba en tela de juicio.

Sobre el documento se practicó una inspección ocular, con peritos especializados, y en su dictamen éstos llegaron a las siguientes conclusiones:

"Primera.—La firma que dice 'LAZARO CALVO PULECIO' puesta al pie del documento privado fechado en 'Luisa' el 6 de abril de 1932, y que hace parte del cuaderno principal (folio 5) del juicio ordinario que en el Juzgado Civil del Circuito de El Guamo adelantan los señores Eduardo y Jorge Calvo Pulecio contra la señora Julia Lara viuda de Calvo y otros, no fue ejecutada por la persona que en vida llevó el nombre de Lázaro Calvo Pulecio.

"Segunda.—La firma que dice 'Trinidad Pulecio L.', puesta al pie del documento privado citado en la primera conclusión tampoco fue escrita por la persona que en vida llevó el nombre de Trinidad Pulecio L.

'Tercera. — Las dos firmas que dicen 'Lázaro Calvo Pulecio' y 'Trinidad Pulecio L.' son reproducción o contrafacción de las que usaron y acostumbraron las personas que se nombran en las dos anteriores conclusiones".

Se pidió aclaración del dictamen de los especialistas, de quienes dice el representante del recurrente que "conozco el merecido prestigio técnico y alta calidad moral de los doctores Uribe Prada y Aguilera y su concepto es para mí de la mayor respetabilidad", y esos especialistas tornaron a decir:

"En el evento singular del documento examinado por nosotros y fechado en 'Luisa' el 6 de abril de 1932, podemos afirmar que por no haber hallado ninguno de los atributos kinetológicos de la persona del doctor Lázaro Calvo Pulecio, la firma que suscribe tal papel es apócrifa, esto es, que la persona del doctor Calvo Pulecio estuvo ausente en el acto gráfico consumado para el efecto. Ni de buena ni de mala gana hubiese el doctor Calvo producido aquel grafismo fragmentario, imitativo, impersonal y simulado".

Tan trascendental resultó este dictamen de los especialistas, que una vez conocido determinó la renuncia espectacular del apoderado de la parte recurrente, un abogado de la mayor distinción.

No se hace análisis de lo que estas pruebas, y otras que se hallan en el expediente, valen ante la ley; sólo se ha querido mostrar que el documento en mención está muy lejos de ser concluyente y plenamente probatorio, como debe ser el que se presente en carácter de "pieza decisiva", tal como lo exige el numeral 1º del artículo 542 que se está analizando.

Letra b) — Con la demanda se presentaron las declaraciones, tomadas fuéra del juicio, de Eleuterio Ramírez y de Teodoro Ospina Guzmán. Se preguntó a estos testigos lo siguiente:

"3º Si les consta y es un hecho evidente por haberse dado perfecta cuenta de ello que durante el juicio ordinario seguido por Julia Lara v. de Calvo en su propio nombre y como representante de la sociedad conyugal Calvo-Lara contra José Joaquín Calvo Pulecio ante el Juez del Circuito de El Guamo, el demandado Calvo Pulecio hizo toda clase de diligencias para conseguir el documento que se decía había suscrito entre Trinidad Pulecio y Lázaro

Calvo Pulecio, referente a la finca denominada 'Luisa'.

"4º Si les consta asimismo que en el mes de noviembre de 1945 cuando el juicio de que trata el punto anterior estaba para sentencia en la Corte Suprema de Justicia, le llegó a Eduardo Calvo Pulecio por el correo urbano de El Guamo un sobre cerrado que contenía el documento original de fecha 6 de abril de 1932, suscrito entre Trinidad Pulecio L. y Lázaro Calvo Pulecio, documento que llegó sin conocerse el origen de su procedencia".

Estas preguntas fueron contestadas por los testigos con exactitud fotográfica. El testigo Eleuterio Ramírez no sabe firmar; y es inverosímil que en esas condiciones supiera de un juicio ordinario ante el Juzgado del Circuito, de que el juicio ya estaba en la Corte, y de que el señor Calvo Pulecio recibió por correo urbano un sobre cerrado que contenía el documento firmado por Lázaro Calvo y por Trinidad Pulecio.

Mas en todo caso, la declaración de Ramírez no fue ratificada en el juicio de revisión.

Queda, pues, la otra declaración, con la cual no se prueba el hecho que se examina, a saber: que el documento cuestionado estuvo retenido por fuerza mayor o por obra aquí de la parte que representa la viuda de Lázaro Calvo Pulecio. Sobre este extremo, tan decisivo en el recurso, no existe comprobante en los autos,

Letra c) — El documento fue recobrado por la parte recurrente? No lo parece. En él se lee: "De este documento conservará Trinidad Pulecio únicamente su original como seguridad para en caso de incumplimiento o cualquiera otra eventualidad de parte de Calvo Pulecio (Eduardo) y como comprobante". Y muerta Trinidad Pulecio, el documento, caso de existir, debió pasar a sus herederos testamentarios, carácter que no tuvo José Joaquín Calvo. Dijo la Corte: "*Recobrar*, según la acepción gramatical, filológica y jurídica, equivale a adquirir lo que antes se poseía. No es, pues, lo mismo recuperar una prueba que producirla o mejorarla". (G. J. LIV-bis, pág. 214).

Encuentran confirmación estos puntos de vista en la sentencia de que ya se hizo mérito, pronunciada en el otro juicio por la Sala Civil de la Corte, y muy especialmente en estos pasajes de esa sentencia, aplicables al caso, porque como se ha dicho, los hechos y alegaciones de uno y otro recurso son los mismos.

"Durante el término probatorio del recurso extraordinario de revisión, oportunamente fueron pedidas y decretadas entre otras, las siguientes pruebas, solicitadas por la parte demandante: la ratificación de los testimonios rendidos por los señores Eleuterio Ramírez Salcedo y Teodoro Ospina Guzmán ante el Juez Civil del Circuito de El Guamo, según las cuales, los testigos afirman constarles que el señor Eduardo Pulecio hizo toda clase de diligencias para conseguir el documento que se decía suscrito entre Trinidad Pulecio y Lázaro Calvo, referente a la finca denominada 'Luisa', lo mismo que el hecho de haberle llegado a su poder dicho documento por conducto del correo urbano de El Guamo sin haberse podido saber su procedencia.

"Este es el hecho concreto afirmado por el actual demandante del cual pretende derivar la fuerza mayor que le impidió lograr oportunamente el documento que hoy sirve de sustento a la revisión incoada. La Sala no encuentra en el hecho invocado, ninguno de los caracteres que conjuntamente deben concurrir como elementos configuradores de la fuerza mayor. No el primero, porque si bien es cierto que los testigos Ramírez y Ospina con sus testimonios afirman constarles que el demandante hizo toda clase de diligencias tendientes a la obtención del tantas veces mencionado documento privado, no con ello queda claramente demostrado el carácter de imprevisible que necesariamente debe acompañar, como uno de sus elementos integrantes, a la fuerza mayor. Del hecho de haber recibido el documento por intermedio de una oficina de correos y sin saber su procedencia, no puede deducirse en manera alguna la existencia de dicho documento, más, si se tiene en cuenta, que los testigos no dicen nada acerca de qué clase de diligencias fueron las realizadas por Eduardo Pulecio para la obtención del escrito. Y no el segundo, porque si como lo afirma él, aunque sin demostración alguna, el documento fue detenido por obra de Julia Lara v. de Calvo y sus hijos, ello no lo colocaba en la imposibilidad absoluta de cumplir con la obligación de buscar por otros medios de prueba la demostración de su existencia o el hecho mismo de la retención dolosa por parte de la demandante en el juicio ordinario. Bien ha podido acudir a la acción exhibitoria que brinda el artículo 298 del C. J., que con ello quedaba en condiciones desfavorables por el hecho mismo de su diligencia procesal.

"Por otra parte al invocarse el inciso primero del artículo 543 del C. J., deben probarse los dos extremos allí mencionados y con ninguno de ellos ha tenido éxito el demandante. Ya quedó demostrado que no está configurado en el proceso el caso de fuerza mayor ni la retención por obra de la parte favorecida; y en lo que respecta al recobro de una pieza decisiva, tampoco se puede hablar con propiedad de ello, pues bien sabido es, que para que

este evento tenga ocurrencia es necesario que dicha pieza, la que se recobra, haya estado en poder de la persona que la aduce y que dicha persona la perdió por motivos ajenos a su voluntad. En el caso de estudio, dicho documento nunca había estado en poder del actor, y por tal motivo no se puede hablar propiamente de *recobrarlo*, y más bien se podría pensar en la producción de una prueba nueva".

No se ha probado, pues, ninguno de los elementos que de acuerdo con el numeral 1º del artículo 542 del Código Judicial dan campo a que el recurso de revisión prospere, por lo cual 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 tratan las presentes diligencias.

Se condena en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente, e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Alvaro Leal Morales, Conjuez.—Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO ES PROCEDENTE LA CAUSAL SEPTIMA DE CASACION. — SI LA SENTENCIA RECURRIDA SE APOYA EN MAS DE UNA CONSIDERACION Y CUALQUIERA DE ELLAS ES SUFICIENTE PARA SOSTENERLA, RESULTA INOFICIOSO ESTUDIAR EN CASACION LOS CARGOS QUE SE PROPONGAN SOLO CONTRA UNA O VARIAS DE ESAS CONSIDERACIONES

1.—Cuando una sentencia se apoya en más de una consideración y cualquiera de ellas es suficiente por sí sola para mantener el fallo acusado, es preciso en casación, para la prosperidad del recurso, atacar como violatorias de la ley todas esas consideraciones, y si así no se hace, resulta inoficioso y fuéra de lugar estudiar la acusación limitada a combatir uno de los fundamentos en que descansa el fallo.

2.—El motivo de casación a que se contrae la regla 7ª del artículo 520 del C. J., se produce cuando el Tribunal se abstiene de resolver el pleito que le está jurisdiccionalmente atribuído, declarándolo así expresamente en su fallo. Mas en el caso de autos el sentenciador no resolvió a fondo la controversia precisamente porque consideró inepta la demanda, por no haberse escogido la vía procesal que le corresponde, sin invocar para fundamentar su decisión razones de incompetencia. Sólo frente a éstas es pertinente alegar la causal propuesta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El incidente sobre *reconstrucción* del presente juicio ordinario que ante el Juez 2º Civil del Circuito de esta ciudad siguió el señor Marco A. Hernández contra el doctor Alfonso Medina Rosales, juicio que se hallaba en curso cuando ocurrieron los sucesos del 9 de abril de 1948, fue finalizado mediante auto de fecha 25 de enero del año de 1949, pronunciado por el señor Juez de la causa y en dicha providencia, respecto de la actuación surtida, se reconocieron entre otros los siguientes hechos:

"i) Que este Juzgado profirió sentencia poniendo término a la actuación y desató la litis en la siguiente forma: Se declaró probada la excepción de inepta demanda, porque el juicio ordinario sólo se debe proseguir cuando las leyes no determinan un procedimiento especial para resolver el punto *sub-lite*. No se decretó lo pedido en la demanda de reconvención y no hubo condenación en costas para las partes.

"j) Contra dicha providencia se alzaron ambas partes. El Juzgado la concedió en el efécto suspensivo.

"k) Que durante la notificación del auto que concedió la apelación, el doctor Ospitia como apoderado de la parte actora presentó un escrito de desistimiento del recurso y solicitó el desglose de los documentos de que habla el memorial de reconstrucción. Este era el estado en que se encontraba el expediente en el momento de su destrucción".

En auto de 9 de febrero de 1949 se admitió el desistimiento del recurso de apelación interpuesto por el demandante y se le concedió a la parte demandada en el efecto suspensivo el que había propuesto.

Según las copias de folios 2 y 3 del cuaderno principal allegadas a la solicitud sobre reconstrucción, la demanda principal pedía que por la vía ordinaria se hicieran las siguientes declaraciones que se resumen:

Primera y segunda.—Que el doctor Alfonso Medina Rosales está obligado a cumplir el contrato que consta en documento privado, firmado en Bogotá el 31 de enero de 1946, por el cual aquél se comprometió a vender a Marco A. Hernández la mitad en común y proindiviso del lote de terreno a que allí se alude, y a formalizar escritura de venta a favor de Hernández del mismo inmueble;

Tercera. — Que si el demandado no cumple lo pedido en la súplica anterior, el Juzgado procederá a hacerlo en su nombre "todo como lo ordena el artículo 1º de la Ley 66 de 1945";

Cuarta.—Que el demandado debe hacer entrega al demandante del citado inmueble;

Quinta.—Que Medina Rosales debe pagar a Hernández los perjuicios que le ha ocasionado por no

haber cumplido el contrato que consta en el documento referido.

De acuerdo con la mencionada copia, los hechos en que apoyó la demanda se expresaron así:

"a) El día 31 de enero de 1946 el doctor Alfonso Medina Rosales se comprometió para con Marco A. Hernández a hacerle venta de la mitad proindiviso del lote de terreno número 40-65 de la carrera 14 de esta ciudad, por los linderos que constan en dicho documento y que son los mismos que he indicado en el punto 2º, parte petitoria de esta demanda;

"b) El valor de la venta sería $ 9.000.00, de los cuales Alfonso Medina Rosales recibió a buena cuenta la cantidad de $ 500.00, quedando para entregar el día de la escritura y de la correspondiente entrega del lote el saldo, o sean $ 8.500.00;

"c) En el documento de promesa de venta se estipuló que la escritura de venta sería corrida ante el Notario Tercero de Bogotá, un mes después de la fecha del documento, es decir, el día último de febrero de 1946, término que se adicionó con 15 días más si llegaba el evento en la cláusula quinta;

"d) En dicha cláusula quinta se dijo que la escritura sería perfeccionada 15 días después del siguiente al de la entrega real que se hiciera al rematador, entrega que fue hecha por comisionado el día 11 de junio de 1946;

"e) La escritura no ha sido extendida en la Notaría indicada y en la fecha correspondiente;

"f) Mi poderdante, don Marco A. Hernández, ha estado y está dispuesto a consignar los $ 8.500.00 saldo del valor de la finca apenas se le presente la escritura para su firma;

"g) Al demandado se le ha requerido privadamente en varias ocasiones para el cumplimiento del contrato;

"h) Marco A. Hernández ha sufrido perjuicios considerables por el incumplimiento del contrato por parte de Alfonso Medina Rosales".

El demandado contestó admitiendo los hechos marcados con las letras a), b), c), d) y e); negando los restantes; alegando que la escritura no se otorgó por no haber comparecido Hernández a la Notaría; afirmando que él sí compareció y proponiendo la excepción de incumplimiento de contrato por parte del actor.

A la vez, Medina Rosales aduciendo ese incumplimiento de Hernández y afirmando que él sí se allanó a cumplir sus obligaciones, propuso demanda de reconvención contra Hernández para que se le condene a pagarle los perjuicios que le causó por no haber cumplido la promesa de contrato consignada en el mentado documento de 31 de enero de 1946, perjuicios que estimó en la suma de $ 5.000.00, o en subsidio, en la que se fije por los medios correspondientes.

La apelación concedida a Medina Rosales contra la sentencia del Juzgado la resolvió el Tribunal Superior de Bogotá en la suya de fecha diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en que "confirma el fallo apelado de primera instancia dictado por el Juez 2º Civil de este Circuito y por medio del cual niegan las peticiones de la demanda principal y la de reconvención solicitadas en el presente juicio, sin hacer condena en costas para ninguna de las partes en ambas instancias".

El proveído del Tribunal se basa en las siguientes consideraciones que se compendian:

A. — Que la demanda principal "versa precisamente sobre que el demandado sea obligado a otorgar escritura de venta de la parte del inmueble que allí se determina, por haberse suscrito entre demandante y demandado un contrato de promesa de venta, es decir, que tiene por fin único el objeto expresado en el artículo 1º de la Ley 66 de 1945, atrás transcrito".

B. — Que el procedimiento indicado para lograr ese objetivo es el fijado en los artículos 971 a 974 del C. J. y 1º de la Ley 66 de 1945, por lo cual y de acuerdo con con lo estatuído por los artículos 203 y 734 del C. J., no podía seguirse para la acción principal el procedimiento del juicio ordinario escogido por el actor, por cuyo motivo se configura la existencia de "la excepción perentoria de inepta demanda", que impide entrar al fondo de las cuestiones propuestas. De allí que encuentre ajustado a derecho el fallo apelado en lo que respecta a la acción principal "máxime, añade el Tribunal, cuanto que en esta parte de su resolución definitiva, la parte demandante, perjudicada con dicha decisión, se conformó a la decisión del Juez *a quo* por haber desistido del recurso de apelación que había interpuesto".

C. — Que apenas queda "para resolver lo concerniente a la *demanda de reconvención*, materia sujeta al recurso de alzada".

D. — Que quedó "determinado que el procedimiento seguido para la acción principal no es el señalado por la ley, por cuya causa el estudio a fondo de las peticiones allí solicitadas no puede efectuarse tanto más cuanto que su forma de decisión por el Juez del conocimiento no fue materia de apelación".

E. — Que "como la demanda principal no puede desatarse en definitiva por haber errado el actor al escoger su procedimiento, síguese entonces que la *contrademanda* tampoco puede ser estudiada y

desatada, ya que ésta está vinculada a aquélla, y si hay sustracción para fallar la primera también debe haberla para la segunda. Al efecto: si el procedimiento para la acción principal no es el *ordinario* mal puede fallarse la de *reconvención* formulada para vía ordinaria, toda vez que para la clase de *juicio* a que se contrae la principal no está autorizada la contrademanda, la cual a términos del artículo 742 del C. J. sólo tiene cabida cuando la acción principal es ordinaria. Ambas deben fallarse en la misma sentencia. (Artículo 743 ibídem.

"En las circunstancias anotadas, es entonces indudable que las peticiones de la demanda de reconvención deben también ser negadas por la misma causa de ineptitud del procedimiento seguido; y si así lo hace el fallo apelado, éste debe sostenerse".

Al doctor Medina Rosales se le concedió recurso de casación, y apoyándose en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial ha propuesto en su oportunidad contra el fallo, los cargos que en seguida se resumen:

Primer cargo. — Sostiene que la sentencia viola en forma directa los artículos 1608, 1609, 1610, 1613, 1615 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, porque estando comprobado en autos, como se acredita con el certificado expedido por el Notario Tercero del Circuito de Bogotá, que cita y transcribe, que Marco A. Hernández no cumplió la obligación de presentarse a otorgar la escritura pública de compraventa dentro del término estipulado en el contrato de promesa de 31 de enero de 1936; que resultando de allí establecido que Hernández incurrió en mora de cumplir esa obligación de hacer y que el recurrente se allanó en tiempo oportuno a cumplirla, el sentenciador debió condenar a Hernández a pagar la indemnización de perjuicios, comprensivos del lucro cesante y del daño emergente, solicitados en la demanda de reconvención, y absolver, en consecuencia, al recurrente de los cargos de la demanda principal.

Segundo cargo.—Aquí alega la violación de las disposiciones antes citadas, por las mismas razones expuestas, y por cuanto fueron indebidamente aplicados al caso del pleito los artículos 971 a 974 del Código Judicial y 1º de la Ley 68 de 1945, ya que la finalidad de la demanda principal no era sólo la de lograr el otorgamiento de la escritura de venta sino también la de obtener una indemnización de perjuicios; la que sólo es viable mediante el procedimiento del juicio ordinario de que trata el artículo 734 del C. J.; que en consecuencia, la sentencia acusada "aplicó e interpretó indebida y erróneamente los artículos 203 y 734 del Código Judicial"; que además, las disposiciones mencionadas del Código Civil, fueron violadas en razón de la aplicación e interpretación indebida del artículo 734 del C. J. ya que la circunstancia de que la demanda principal no pudiera seguirse por la vía ordinaria, no era inconveniente para decidir la de reconvención, que sólo podía proponerse por esa vía.

Al final de la demanda de casación el recurrente advierte a la Corte que la reconvención no puede fallarse absolviendo al contrademandado, en atención a que el recurso que se le concedió a él debe entenderse interpuesto tan sólo en lo desfavorable.

Considera la Sala:

Los cargos que quedan compendiados no pueden prosperar en cuanto atacan la sentencia recurrida porque no decidió a fondo y en sentido absolutorio para el recurrente la demanda principal por las siguientes razones:

Primera.—Porque el Tribunal la fundamentó no sólo en la consideración de ser legal la proferida por el Juzgado, en cuanto declaró la ineptitud de la acción principal, sino también en la que dicha sentencia debía ser confirmada sobre todo porque "la parte demandante, perjudicada con dicha decisión, se conformó a la decisión del Juez *a quo* por haber desistido del recurso de apelación que había interpuesto".

En esta misma razón insistió nuevamente cuando dijo que el estudio a fondo de las peticiones de la acción principal "no puede efectuarse tanto más cuanto que su forma de decisión por el Juez del conocimiento no fue materia de apelación". De donde se deduce que el Tribunal situó el interés jurídico para atacar esa sentencia, en lo que respecta a la acción principal, en el actor, que desistió del recurso que interpuso en su contra, y se lo desconoció al demandado y recurrente de hoy.

Luego a éste le era indispensable acusar también en casación como violatoria de la ley esa consideración del fallo recurrido, a fin de darle oportunidad y manera de que la Corte examinara si ella es en realidad contraria a derecho por algún concepto. No habiéndolo hecho en debida forma, y siendo ella suficiente por sí sola para mantener el fallo acusado, resulta inoficioso y fuéra de lugar estudiar la acusación limitada a combatir uno de los fundamentos en que éste descansa. (Casación, 23 de marzo de 1918, Tomo XXVI, pág. 250; 7 de marzo y 5 de junio de 1951, G. J. Tomo LXIX, páginas 332 y 683).

Segunda. — Porque habiéndose estimado por el Juzgado la inepta demanda principal y confirmado por el Tribunal esa decisión por las razones que al efecto invocó, éste no tenía por qué aplicar al caso

del pleito las disposiciones que cita el recurrente, pues habría incurrido en manifiesta e inaceptable contradicción si acogida tal conclusión hubiera procedido a fallar a fondo el litigio. El deber del Tribunal de aplicar esos textos sólo habría surgido al atacarse y caer los dos fundamento en que apoyó su fallo, uno de los cuales —se repite— no ha sido siquiera combatido por el recurrente en forma alguna.

De otro lado, aún en el caso de que fueran fundados en principio los cargos del recurrente en cuanto atacan la decisión del Tribunal sobre la contrademanda, la sentencia en ese punto no podría ser casada, pues su invalidación conduciría a la absolución del contrademandado, y el recurrente, previendo ese resultado, manifiesta expresamente al final de la demanda de casación que la reconvención no debe fallarse en sentido absolutorio para Hernández, ya que él, —el recurrente— sólo ha recurrido del fallo en lo que le es desfavorable, con lo cual se acoge a lo que al respecto estatuye el artículo 494 del Código Judicial.

Y se dice que al casarse la sentencia lo que procedería es la absolución del contrademandado, por dos motivos cardinales, a saber:

Primero—Porque no se ha establecido plenamente que el contrademandado haya incurrido en mora de cumplir las obligaciones que le resultan del contrato de promesa de venta (f. 11 v. cuaderno principal), ni que el contrademandante se hubiera allanado oportunamente a cumplir las suyas, porque el certificado notarial a que alude el recurrente (f. 19, cuaderno citado), que tiene fecha 5 de julio de 1946, expresa que la póliza para el otorgamiento de la escritura debía llevarla al Notario 3º el señor Marco A. Hernández y que éste en dicha fecha no había comparecido a la Notaría a otorgar el instrumento, y de la cláusula 3ª del contrato de promesa resulta que quien tenía el deber de hacer otorgar la escritura era el promitente vendedor, como es apenas natural, y porque como resulta de esa misma cláusula; de lo convenido en la cuarta y en la quinta, y de la aceptación del recurrente del hecho *d*) de la demanda, la escritura debía ser corrida el día 26 de junio de 1946, y del certificado en cuestión consta que sólo el 5 de julio de dicho año, el recurrente se presentó a la Notaría expresando que concurría con el fin de otorgar el insmento, cuando ya estaba vencido el plazo expresamente convenido para ello. (Artículos 1546, 1609 y 1615 del C. C.), y

Segundo. — Porque en el proceso tampoco se ha comprobado, en el supuesto de que se hubiese establecido que el contrademandado incurrió en mora y que el recurrente hubiera estado dispuesto a cumplir oportunamente con sus obligaciones, que el contrademandante haya sufrido perjuicio alguno, y sabido es que únicamente cuando éstos están plenamente justificados, aunque su cuantía en concreto no esté establecida, procede condenar al reo a indemnizarlos. La acción indemnizatoria sólo es viable cuando se comprueben de manera plena o completa estos tres requisitos: culpa, perjuicio y relación de causalidad entre aquélla y ésta.

Se rechazan, por tanto, los cargos propuestos.

En el capítulo tercero de la demanda dice el recurrente que el Tribunal se abstuvo de conocer de la demanda principal y de la de reconvención, siendo así que el negocio era de su competencia, dada la naturaleza del juicio y el lugar donde debía ventilarse, por lo cual alega contra el fallo la causal 7ª del artículo 520 del Código Judicial.

Considera la Sala:

Es manifiesta la improcedencia del cargo.

El motivo de casación a que se contrae la regla 7ª del artículo 520 ya mencionado, se produce cuando el Tribunal se abstiene de resolver el pleito que le está jurisdiccionalmente atribuído, declarándolo así expresamente en su fallo. Mas en el caso de autos el sentenciador no resolvió a fondo la controversia precisamente porque consideró inepta la demanda, por no haberse escogido la vía procesal que le corresponde, sin invocar para fundamentar su decisión razones de incompetencia. Sólo frente a éstas es pertinente alegar la causal propuesta.

No prospera 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 diez y nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en este negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda. Hernando Lizarralde, Secretario.

SI POR LA NATURALEZA DE LAS COSAS, LA SENTENCIA DE INSTANCIA NO PUEDE SER JUZGADA EN CASACION SINO A TRAVES DE LA CONSONANCIA DE LA PARTICION CON LAS NORMAS LEGALES QUE LA GOBIERNAN, LOGICAMENTE LOS CARGOS CON QUE SE LE ACUSE HAN DE APOYARSE SOBRE ESE MISMO FUNDAMENTO

1.—El error procesal en que evidentemente incurrió el Juez de la primera instancia al tramitar y decidir separadamente los dos pliegos de objeciones, y pronunciar como consecuencia un doble fallo aprobatorio de la partición, no es bastante para demostrar la coexistencia jurídica de dos sentencias, ni menos aún, para quitarle sus efectos a aquella de las dos decisiones que pudiera ejecutoriarse después de la otra. Porque definido como está por el penúltimo inciso del artículo 964 del C. J., que "Si el Juez encuentra fundada alguna objeción, ordena al partidor que rehaga la cuenta y, si por el contrario, la estima infundada, aprueba la partición", se comprende claramente cómo el sentido aprobatorio o improbatorio de esta providencia, no es ni puede ser sino una obligada consecuencia de la negativa o aceptación de cualquiera de los reparos contra la partición; por lo cual y aún decididas aquéllas mediante proveídos distintos, ellos al fin y al cabo siguen siendo una sola entidad jurídica, cuyo sentido es insusceptible de estabilizarse a través de la ejecutoria, mientras no lo estén todas y cada una de las resoluciones tomadas respecto de las objeciones propuestas.

2.—Cuando una sentencia aprobatoria de una partición se revisa, por cualquier recurso, ante el poder judicial, la revisión lleva necesariamente al estudio del trabajo de partición, para examinar si está o no ajustada a las normas establecidas por los artículos contenidos en el título décimo del Libro 2º del Código Civil, pues de otra manera no habría medio de decidir si la sentencia se ajusta o no a derecho. No es, pues, sólo, el acto judicial, la sentencia, lo que debe estudiarse, sino el acto de la partición. Si éste se acomoda a la ley, consecuencialmente la sentencia que lo aprueba resulta jurídica, y, por el contrario una sentencia aprobatoria de una partición en que se han desconocido los preceptos legales que la reglamentan, no puede subsistir". Así lo dijo también la Sala de Casación Civil en fallo de 8 de septiembre de 1936 (G. J. n. 1917, pág. 335).

Pero si, por la naturaleza de las cosas, la sentencia de instancia no puede ser juzgada en casación sino a través de la consonancia de la partición con las normas legales que la gobiernan, lógicamente los cargos con que se la acuse han de apoyarse exactamente sobre ese mismo fundamento.

3.—Como durante el incidente de objeciones a la partición no se puede discutir la exactitud del inventario, sino sólo la legalidad de aquélla, es claro que debiendo formalizarse esta última sobre las bases del primero, el trabajo de distribución debe forzosamente ajustarse a las situaciones reconocidas en el inventario, y en consecuencia, no se puede desaprobar ese trabajo con base en errores que se cometieron al confeccionar aquél.

4.—Los honorarios que uno de los cónyuges reciba por servicios profesionales prestados a tercera persona durante la vigencia de la sociedad conyugal, no constituyen un crédito del cónyuge, porque conforme a lo establecido en el artículo 1781 del Código Civil: "El haber de la sociedad coyugal se compone: 1º De los salarios y emolumentos de género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio...".

5.—No puede sostenerse que debiendo la sucesión reembolsar a la sociedad conyugal, a título de expensas, el valor de las mejoras que esta última puso en bienes propios de la causante, conduce al mismo resultado tener como bienes del acreedor, para adjudicárselos, la parte del patrimonio del deudor que numéricamente equivalga a la acreencia, o reconocer simplemente ese derecho para imponerle al adjudicatario sucesoral

la obligación de cancelarla. Ello puede ser exacto en la apariencia, pero no lo es, ni puede serlo en el campo del derecho. El deudor sólo está obligado a la prestación de lo que debe, como correlativamente, el acreedor, nada distinto puede exigir de él, sino la especie, cuerpo cierto o bienes de género que forman el objeto de su obligación; y es claro que con el primero de estos criterios, lo que en realidad se haría no sería el pago, sino una dación en pago, que al consumarse por fuéra de la voluntad de las partes, podría eventualmente conducir a gravísimo perjuicio para ellas.

6.—Auncuando es cierto que de conformidad con el artículo 967 del C. J., el remate para el pago de deudas debe preceder a la partición, ésto no quiere decir que no puede asímismo disponerse para llevarlo a cabo con posterioridad a dicho acto, como en general ha venido practicándose. La subasta previa a que alude el precitado artículo tiene lugar, como allí mismo se expresa, en el caso de ser ella necesaria "para facilitar la partición"; pero es obvio que si el trabajo puede realizarse sin esta medida, nada se opone a que ella pueda disponerse dentro del mismo acto, máxime cuando, como en el caso, las diferencias y desacuerdos que ostensiblamente se han producido entre los interesados, llegan a hacerla necesaria para la definitiva y total distribución de los bienes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b.—Bogotá, agosto veintitres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Del matrimonio que en el año de 1913 contrajeron don Ignacio Rivas Putman y doña Inés Leyva, nació el nueve de mayo de 1916 la hija María Francisca Rivas Leyva, hoy de Medina Mallarino. De esta suerte, al fallecer el día 12 de octubre de 1934 la señora Leyva de Rivas, dejó como sus sucesores patrimoniales, a don Ignacio en su condición de cónyuge sobreviviente, y a doña María Francisca, como hija legítima. Más tarde, por escritura Nº 1014 de abril 27 de 1937, esta última cedió la mitad proindiviso de sus derechos en las dos quintas partes del inmueble denominado "El Tejar" a don Guillermo Murillo, quien luego las traspasó a doña María Restrepo de Rivas según escritura Nº 287 de 3 de junio de 1937 de la Notaría de Zipaquirá; y cedió además a don Manuel A. Iriarte, la cuarta parte de sus derechos herenciales, conforme a escritura Nº 1048 de 27 de junio de 1939, otorgada en la Notaría Quinta de esta ciudad.

Abierto el correspondiente juicio de sucesión, en el que oportunamente se hicieron reconocer como interesados los antes descritos, se llevó a cabo con fecha 2 de julio de 1936 el correspondiente inventario, en el cual se relacionaron y avaluaron los bienes herenciales y de la sociedad conyugal así:

ACTIVO:

a) Bienes propios de la causante	$ 50.000.00
b Bienes del cónyuge sobreviviente ..	45.000.00
c) Bienes de la sociedad conyugal ..	104.905.00
	$ 199.905.05
Pasivo formado por los bienes de la sociedad y deudas de la sucesión	120.867.43
LIQUIDO	79.037.57

Con base en la anterior relación que la señora Rivas de Medina ratificó al llegar a la mayor edad, según consta en escritura Nº 1014 de 27 de abril de 1937 de la Notaría 4ª de Bogotá, el partidor elaboró más tarde su trabajo, previo un reajuste de guarismos que lo llevó a rebajar del activo la partida de $ 45.000.00 que se hizo figurar allí como bien propio del cónyuge sobreviviente cuando en realidad constituía un crédito suyo a cargo de la sociedad, y a regular el pasivo real en la suma de $ 68.462.88 a que ascendían: el monto de aquella deuda social el de las partidas 22, 23, 24 y 25 del pasivo por la suma de $ 15.856.43, y el valor de los impuestos sucesorales y honorarios del médico que atendió a la causante en su última enfermedad, por la cantidad de $ 7.606.45. De esta suerte la distribución que con fecha 30 de noviembre de 1940 presentó al Juzgado, hubo de concretarse así:

Pasivo	$ 68.462.88
María Francisca Rivas de Medina ...	47.565.80
Manuel A. Iriarte	17.055.28
Ignacio Rivas Putman	18.321.00
María Restrepo de Rivas	3.600.00
	$ 154.905.00

Al darse en traslado el correspondiente trabajo de partición, la señora Rivas de Mallarino, en memorial presentado el día siete de diciembre lo objetó, con base en los siguientes reparos:

1º—Por haber liquidado el valor de las mejoras como deuda de la sucesión para con el cónyuge sobreviviente, en vez de haberlo sido para con la sociedad conyugal.

2º—Contra lo dispuesto por el artículo 1398 del C. C., el partidor se abstuvo de separar los patrimonios de la sucesión y de la sociedad, y procedió a distribuírlos entre la heredera y el cónyuge sobreviviente, como si se tratara de bienes comunes.

3º—Porque no obstante el derecho de cada cónyuge a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenecen, según lo dispuesto por el artículo 1826 del mismo Código, el partidor adjudicó al cónyuge sobreviviente parte del inmueble de Baurá que pertenecía a la causante.

4º—Porque el partidor aplicó al marido la excepción que en beneficio exclusivo de la mujer establece el artículo 1829 para hacer antes que aquél las deducciones legales correspondientes.

5º—Porque la suma de $ 45.000.00 que el partidor aceptó como crédito del cónyuge sobreviviente legalmente pertenecen a la sociedad, conforme a lo dispuesto por el artículo 1781 del C. C.

6º—Porque de autos no aparece tampoco acreditada la existencia real de dicho crédito por lo cual no era procedente tomarlo en consideración, con evidente perjuicio para una de las partes.

7º—No es tampoco aceptable la orden dada por el partidor para que se proceda al remate de los bienes consignados para el pago de gastos y deudas, ni menos aún, el derecho que le reconoce al cónyuge de participar en el mayor producto de la venta, como si fuera asignatario;

8º — La adjudicación hecha al cesionario don Manuel A. Iriarte, no podía serlo en la forma pura y simple en que se hizo, sino sometida a la cláusula de retroventa con que adquirió sus derechos; y

9º—La adjudicación de bienes hecha al cónyuge sobreviviente para el pago de algunas deudas es ilegal, precisamente por no tener él la calidad de heredero de la sucesión. (fls. 4 a 6 v. C. N. 4).

Al propio tiempo, el cónyuge sobreviviente, en escrito de nueve de diciembre, luego de expresar en "mi reconocimiento al señor partidor por la manera tan inteligente como honorable que tuvo en el desempeño de este cometido, pues no solamente acató las disposiciones legales que esta materia reglan (sic) sino que buscó con todo cuidado la mejor manera de hacer las adjudicaciones a los partícipes en estos bienes", formuló "algunas observaciones en su trabajo, que son, sin duda alguna, convenientes para complementar la dicha partición", las cuales pueden sintetizarse así:

a) La deuda de $ 6.962.73 a cargo de la sociedad conyugal y a favor del Banco Agrícola Hipotecario, garantizada con hipoteca sobre la finca de "El Baurá", se ordenó pagar por los adjudicatarios Rivas de Medina y Manuel A. Iriarte, destinando a este fin, parte del citado inmueble. Pero como tanto estos señores como el cónyuge sobreviviente son adjudicatarios del fundo; y el último además ha estado atendiendo el servicio de la deuda desde la muerte de la causante, resulta más conforme con la igualdad jurídica de los interesados, vincular la responsabilidad de todos al cumplimiento de aquella obligación, mediante la adjudicación proporcional correspondiente en el expresado inmueble:

b) Al formar la hijuela para el pago de las otras deudas por $ 61.500.15, se omitió equivocadamente enumerar los terrenos denominados de "Cunday" que describe el punto "D" de la partida segunda, "y que según la liquidación verificada deben quedar incorporados a la hijuela de deudas en su alinderación correspondiente";

c) Dispuso el partidor, que como adjudicatario de una parte de la hijuela de deudas de que trata el aparte anterior, el cónyuge sobreviviente debe sacar a remate los bienes que destinan a este objeto; pero como tal procedimiento sólo tiene cabida cuando hay incapaces, no siendo éste el caso de autos, debe libertársele de esa obligación; y

d) Las apreciaciones que hace el partidor sobre el valor que corresponde al ganado que la heredera y su esposo tomaron violentamente, no incluyen responsabilidad y sanciones de que tratan los artículos 1288 y 1824 del C. C., ni las consecuencias de orden económico que deben afectar directamente a la primera, mediante la adjudicación que debió hacérsele de tales especies, a la manera que se obró con los inmuebles por ella enajenados.

"Son éstas, concluye el memorialista, las cuatro objeciones que formulo al trabajo de partición de que se nos ha enviado traslado, y muy respetuosamente solicito se las someta a la tramitación legal respectiva y sean resueltas por usted favorablemente".

El trámite de estas objeciones no fué sin embargo adelantado en oportunidad, debido a otros incidentes que surgieron entre las dos partes y para cuya solución formalizaron ellas el acuerdo de que trata la escritura Nº 143 de 5 de septiembre de 1941 de la Notaría de Purificación que bien puede sintetizarse así: Cada uno de los dos interesados conviene en nombrar un representante, para que los dos de común acuerdo resuelvan las diferencias surgidas en relación con los bienes inventariados, y les presenten antes del 25 de octubre siguiente, un proyecto de partición sobre el cual debían las partes pronunciarse dentro de un término máximo de quince días; si el proyecto era acogido se presentaría al Juzgado para su aprobación; en caso contrario, se obligaban a someterlo a un tribunal de arbitramento que debía organizarse "en plazo no mayor de 15 días contados desde aquel en que vence el término que tienen las partes para aprobar o rechazar el proyecto de partición presentado por sus respectivos representantes; dicho Tribunal tendrá para resolver el problema sometido a su consideración, los términos establecidos en los artículos 1220 y 55 del C. J.". Mientras el fallo arbitral se producía, convinieron las partes en designar como administrador de los bienes sucesorales, excepción hecha de "El Tejar", a don Carlos Pacheco, quien allí mismo aceptó el cargo.

Este acuerdo no dió sinembargo ningún resultado, como así lo comunicaron a las partes sus representantes señores Julio Navarro T. y Santiago Carrasquilla, en carta de 25 de octubre, la cual concluye así: "Como hoy vence el plazo que nos confiere la cláusula tercera del instrumento citado, hemos resuelto declarar cancelada nuestra misión y comunicar, con pena a ustedes nuestro fracaso, no obstante nuestra muy buena voluntad".

En las circunstancias anotadas se solicitó del Juzgado que se decidieran las objeciones propuestas, lo que al efecto se hizo, no en una sino en sendas providencias, fechadas ambas el veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, declarando no probadas unas y otras, e impartiéndole consecuencialmente su aprobación al trabajo de partición. Del fallo recaído sobre las objeciones de la heredera apeló ésta; y del dictado en las objeciones del cónyuge sobreviviente recurrió su apoderado; pero como esta última no se aceptara por insuficiencia de los poderes, quedó de hecho en firme aquella decisión, continuando solamente la controversia, respecto del fallo que calificó las objeciones de la heredera.

No obstante, al conocer el Tribunal de Ibagué de este recurso, antes que resolverlo en el fondo decidió, en providencia de once de julio de mil novecientos cuarenta y siete, visible a folios 36 a 39 del C. Nº 4, declarar nulo lo actuado en este juicio en lo relaivo a la partición de bienes a partir de la presentación, por una de las partes, de la escritura pública Nº 143 de 5 de septiembre de 1941, de la Notaría de Purificación, visible a los folios 220 a 226 del C. Nº 1.

Posteriormente, los señores apoderados del cónyuge sobreviviente y Síndico del Impuesto solicitaron del propio Tribunal que se declarara nulo todo lo actuado a partir de la solicitud de inventarios adicionales formulada por una de las partes, por no haberse notificado a este último ninguna de las providencias que de allí en adelante se dictaron; solicitud que fué despachada por autos de diez y nueve de febrero y cinco de marzo de 1948, "En el sentido de declarar la nulidad... de la actuación posterior al auto de 4 de junio de 1946 dictado en el cuaderno Nº 4".

Tan pronto como el negocio volvió al Juzgado con esta decisión, el señor apoderado de la heredera propuso un nuevo incidente de nulidad, por incompetencia de jurisdicción del Tribunal para tomar aquellas providencias (fl. 21 C. Nº 21) que le fué rechazado de plano. Con lo cual y por lo que a objeciones a la partición se refiere, vino a quedar sub-judice el recurso de apelación que se había propuesto contra el fallo de primera instancia que las había rechazado, aprobando en consecuencia la partición y luego fué desatado por el Tribunal Superior de Ibagué en sentencia de veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, en el sentido de confirmar en todas sus partes la primera (fls. 55 a 60v., C. Nº 4).

Como fundamento de esta conclusión, dice el sentenciador:

Primero: No fué el partidor sino los propios interesados quienes al confeccionar los inventarios, decidieron relacionar bajo el epígrafe de "Bienes propios del cónyuge sobreviviente" un crédito a favor de éste por la suma de $ 45.000.00. Pero como según doctrina reiterada y constante de la Corte, el inventario es base obligada de la partición, y "respecto de las deudas de la sociedad conyugal, se incluyen en los inventarios, ya por la fuerza o mérito del instrumento en que consten, o ya por la voluntad de los herederos (art. 941 del C. J.)", el partidor en este juicio no podía

hacer otra cosa que reconocer dicho crédito a favor del cónyuge sobreviviente, como fué relacionado en el inventario y ratificado más tarde por la heredera, y no a favor de la sociedad conyugal como luego se ha pretendido.

Segundo. Con fundamento en los artículos 1398, 1826 y 1829 del C. C. sostiene el objetante, que al cónyuge sobreviviente no podía adjudicársele, a título de gananciales, bienes determinados, sino sólo relacionarse su crédito a cargo de la sucesión.

Sucede sinembargo que, en el caso de que aquí se trata, el haber de la sociedad conyugal está formado por bienes que acceden a terrenos y lotes propios de la causante, y que el valor de aquél es mayor que el de estos últimos; por lo cual tanto los derechos de la sociedad como los créditos de terceros, deben precisamente reconocerse y cancelarse "con los únicos bienes relictos, que están confundidos —los de la causante y los de la sociedad en una sola especie o propiedad.

"No es posible que se le pague al cónyuge sobreviviente con meras declaraciones de crédito contra la herencia. Eso sería liquidar, pero no partir; esto último comprende indispensablemente un acto de adjudicación y la adjudicación se ha de hacer con los bienes relictos. Si fuera jurídico considerar al cónyuge o mejor digamos a la sociedad conyugal como un simple acreedor de la herencia, si lo jurídico fuera que al cónyuge se le pagara con una simple declaración de acreencia a cargo del heredero, no se llevaría a cabo una partición de bienes, que es de lo que aquí se trata. Por éso lo que a diario sucede es que al cónyuge y a los herederos se les paga su cuota herencial y social con especies y no con reconocimientos de acreencias.

"Al cónyuge sobreviviente se le paga con especies, porque la división de los bienes sociales se sujeta a las mismas reglas de la partición de los bienes hereditarios, según reza el artículo 1832 del C. Civil. Si el patrimonio del difunto estuviera confundido con bienes pertenecientes a otras personas por razón de bienes propios o gananciales del cónyuge, después de separados los patrimonios hay que dividir las especies comunes, pues sencillamente lo que se parte es el objeto. El artículo 1391 ibidem habla de adjudicación de los bienes; en síntesis todos los artículos pertinentes hablan siempre de adjudicar los bienes o las especies, como el 1392 que empieza así: "El valor de la tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies..." Y el título 10 del Libro 3º del C. Civil habla de partición de bienes".

Tercero. Los reparos a que se refieren los ordinales 5º y 6º del pliego de objeciones respecto de las tres partidas que por la suma de $ 45.000.00 se relacionaron en los inventarios como bienes propios del cónyuge sobreviviente, considera el Tribunal que "No son prácticamente formulados contra el trabajo de partición, sino contra los inventarios mismos", que fueron elaborados por la heredera y por el cónyuge sobreviviente, y ratificados luego por la primera, cuando ya era mayor de edad; y sabido es que "si los inventarios de una sucesión no fueron objetados, no es causal de casación de la sentencia de partición el hecho de que el partidor haya tomado en cuenta cierto crédito que figura en los inventarios a favor del cónyuge sobreviviente, siendo así que (en concepto del recurrente), debió figurar como de la sociedad conyugal".

Cuarto. "El crédito de que trata la hijuela de deudas está relacionado en los inventarios, y corre a cargo de la sociedad conyugal. Los bienes que en dicha hijuela se adjudican, no pueden considerarse como de la sucesión, porque estos bienes se adjudicaron a la heredera señora María Francisca. Y excluídos esos bienes, los restantes deben considerarse como de la sociedad conyugal, en virtud de que se trata de mejoras hechas en aquellos bienes. De ésto ya se trató al estudiar las primeras objeciones. Los bienes a que se refiere la presente objeción prácticamente se adjudican a la heredera como al cónyuge supérstite, desde luego que está dicho que deben rematarse para pagar con su producto la parte correspondiente del crédito y lo que exceda debe repartirse proporcionalmente entre las personas que representan la sociedad conyugal.

"Y en cuanto al remate a que se refiere el señor Partidor, es verdad que éste puede pedirse por los herederos, cuando no se ponen de acuerdo en la venta de los bienes de la sucesión según el artículo 967 del C. Judicial. Pero como aquí la heredera no hizo esta solicitud, el señor Partidor hizo muy bien en disponer el remate de aquellos bienes para pagar parte del crédito y para que el excedente se repartiera proporcionalmente entre el cónyuge sobreviviente y los representantes de la sucesión".

Quinto. El silencio que guardó el partidor respecto del pacto de retroventa que debe afectar la adjudicación hecha a don Manuel A. Iriarte, no modifica en nada las obligaciones del adjudica-

tario respecto de su cedente pues a virtud de lo estipulado en la cesión, ellas han de entenderse implícitamente incorporadas en la adjudicación, sin necesidad de una nueva y expresa declaratoria en la respectiva hijuela.

Sexto. Finalmente, y por lo que respecta a la adjudicación que se hizo al cónyuge sobreviviente para cancelar algunas deudas, en vez de haberlo sido directamente a la heredera, se explica claramente porque tratándose de deudas de la sociedad y no de la sucesión, las adjudicaciones respectivas debían hacerse conjuntamente al cónyuge y a la heredera, como lo hizo el partidor.

Contra este fallo recurrió en casación el señor apoderado de la heredera objetante, invocando para ello numerosos cargos que el señor representante del cónyuge sobreviviente rechaza solicitando ante todo "que se declare nula la sentencia del dicho honorable Tribunal, pronunciada el 27 de mayo de 1949, que corre a folios 55 a 64 del cuaderno Nº 4, y en su lugar se pronuncie la ejecutoria de la dictada el 21 de febrero de 1946, en el cuaderno Nº 5, por el señor Juez Civil del Circuito de Purificación; o se ordene la devolución del expediente para que dicho Juez pronuncie tal ejecutoria. "Subsidiariamente pido: "Que no se case lá sentencia últimamente citada del honorable Tribunal, pues no prosperan los cargos del recurrente y, en su lugar se ordene devolverla intacta para que produzca sus efectos, si no prospera, en sentido de la Corte, la nulidad que propongo".

En este orden de ideas, y con el objeto de definir situaciones que en el futuro podrían originar nuevas e injustificadas controversias, habrá la Sala de considerar ante todo los puntos que se relacionan con la nulidad de la sentencia, y que desde ángulos opuestos propugnan opositor y recurrente, para ocuparse a continuación de lo que pudiérase llamar la parte sustantiva de los cargos formulados, teniendo en cuenta el principio de que trata el artículo 538 del C. J. según el cual "Si la Corte encuentra fundada alguna de las causales alegadas, no considera las restantes, infirma el fallo acusado y dicta en su lugar la resolución que le corresponda".

Respecto de la declaración de nulidad que solicita el señor abogado de la parte opositora, se observa:

"La jurisdicción de la Corte en el recurso de casación, como lo dijo ya la Sala en este mismo negocio, se limita a él. Todo lo demás que pueda ocurrir entre las partes, si es ajeno al recurso, lo es a esa jurisdicción; la Corte la usurparía si sustanciara incidentes o decidiera pedimentos extraños". Y es completamente extraño a la función jurisdiccional del recurso la declaratoria de invalidez que por los trámites comunes de las instancias se hiciere, cuando para subsanar los defectos de la nulidad en casación, la ley erigió expresamente como uno de sus motivos, el de "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley". (6º Art. 520 del C. J.), que no es precisamente el medio elegido para tal aclaración en el caso de que se trata.

De otro lado, el error procesal en que evidentemente incurrió el Juez de la primera instancia al tramitar y decidir separadamente los dos pliegos de objeciones, y pronunciar como consecuencia un doble fallo aprobatorio de la partición, no es bastante para demostrar la coexistencia jurídica de dos sentencias, ni menos aún, para quitarle sus efectos a aquella de las dos decisiones que pudiera ejecutoriarse después de la otra. Porque definido como está por el penúltimo inciso del artículo 964 del C. J., que "Si el Juez encuentra fundada alguna objeción, ordena al partidor que rehaga la cuenta y, si por el contrario, la estima infundada, aprueba la partición", se comprende claramente cómo el sentido aprobatorio o improbatorio de esta providencia, no es ni puede ser sino una obligada consecuencia de la negativa o aceptación de cualquiera de los reparos propuestos contra la partición; por lo cual y aún decididas aquéllas mediante proveídos distintos, ellos al fin y al cabo siguen siendo una sola entidad jurídica, cuyo sentido es insusceptible de estabilizarse a través de la ejecutoria, mientras no lo estén todas y cada una de las resoluciones tomadas respecto de las objeciones propuestas.

Las causales de casación

De acuerdo con lo observado anteriormente, y antes de considerar el cargo que ha de conducir a la invalidación del fallo recurrido, procede la Sala a establecer la improcedencia del de nulidad a que alude el primero de los reparos propuestos, y que el ordinal 6° del artículo 520 del C. J. concreta así: "Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley".

Para sustentarlo, dice el recurrente:

Al pronunciar el Tribunal de Ibagué su providencia de veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, confirmatoria de la que en pri-

mera instancia rechazó las objeciones de la heredera y aprobó la partición, obró sin jurisdicción. Porque para esa fecha, el propio Tribunal había resuelto jurisdiccionalmente la apelación propuesta contra la sentencia de primer grado (febrero 21 de 1946), mediante la de once de julio del mismo año, "y por lo tanto no podía nuevamente juzgar la cuestión, ya que la providencia referida en relación con dicha apelación era definitiva.... "Resuelta la apelación o recurso de alzada contra la sentencia del veintiuno de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, mediante el pronunciamiento del once de julio del mismo año, no es posible aceptar una decisión contraria a esta última providencia, porque no pueden existir dos decisiones diferentes en relación con una misma apelación, y porque la jurisdicción nace y muere con relación a un determinado negocio, en virtud de una **sentencia de incompetencia** como la que contiene el proveído mencionado del once de julio. Por consiguiente, si se decidió sobre falta de jurisdicción, no es posible que posteriormente el mismo órgano jurisdiccional decidiera lo contrario asumiendo una potestad que procesalmente se había negado con anterioridad. Y menos aún que dicha potestad juzgatoria se la otorgara invalidando la providencia en que se había negado la jurisdicción, porque la potestad o poder para juzgar en una materia determinada, **en lo relativo** a la sucesión Inés Leyva de Rivas y en cuanto a las diferencias surgidas con motivo de la liquidación de dicha sucesión, no la tenía".

Fundado en estas consideraciones, largamente ampliadas en el escrito de casación, sostiene el recurrente que el fallo aprobatorio de la partición es violatorio de los artículos 6, 45, 143, 146, 148, 150, 448 a 450, 454, 455, 466 a 468, 473, 482 y 1214 a 1216 del C. J., 2º de la ley 2ª de 1938 y 2469, 2470, 2483, 2484 y 2486 del C. C., por cuanto se dictó sin jurisdicción alguna para ello.

La Sala considera:

El auto de once de julio de mil novecientos cuarenta y seis mediante el cual se declaró por el Tribunal Superior de Ibagué "nulo lo actuado en este juicio en lo relativo a la partición de bienes a partir de la presentación por una de las partes de la escritura pública Nº 143 de 5 de septiembre de 1941 de la Notaría de Purificación" no es —como equivocadamente lo sostiene el recurrente— una sentencia en el sentido que a este vocablo le asigna nuestra ley procesal (art. 466 del C. J.), puesto que por él no se decidió definitivamente "sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste", es a saber, sobre la aprobación del trabajo de partición, que es el objeto último de esta clase de procedimiento; después de proferida dicha decisión, continuaron pendientes para los dos interesados, como aún lo están, los problemas suscitados a propósito de la liquidación, distribución y adjudicación de los haberes social y hereditario, sobre los cuales se mueve el interés de las partes en el debate. Constituye en consecuencia un simple proveído de índole interlocutoria que, al declarar la invalidez de lo actuado en relación con el perfeccionamiento de la partición, sólo inhibía al propio juzgador para volver a pronunciarse sobre la materia mientras estuvieran vigentes los motivos determinantes de aquel pronunciamiento, mas no para resolver cuestiones incidentales distintas que pudieran ofrecerse, como lo fué la de nulidad que por razones ajenas a las ya calificadas se suscitó, según lo visto en la relación de antecedentes que se deja hecha; y como habría podido serlo también, la de aprobación del trabajo mismo de partición que los representantes de las partes realizaron, de haberse cumplido el acuerdo escriturario convenido por ellas, y a la cual tampoco habría podido llegársе, dentro del concepto de falta de jurisdicción sostenido por el recurrente.

El convenio que las partes solemnizaron para intentar, primero, un arreglo amistoso por representantes suyos, u organizar, en subsidio, un Tribunal de Arbitramento que subrogara en sus funciones a los jueces ordinarios, no tenía virtud suficiente para privar, por sí y ante sí, a estos últimos de la legítima competencia con que se hallaban entendiendo del negocio como tan erróneamente lo entendió el Tribunal en su proveído de once de julio citado. Para que el alcance de sus cláusulas pudiera traspasar el límite de la obligatoriedad que creaba para los estipulantes, y tocara con el poder jurisdiccional que éstos proyectaban reemplazar, no sólo era necesario que el pacto se cumpliera, sino que el propio Tribunal organizado en ejecución de aquél, obtuviera de los jueces la orden y entrega correspondiente del informativo, según lo previene el artículo 1219 del C. J., y estas formalidades, como es evidente, nunca llegaron a cumplirse.

Luego si el auto de once de julio de 1946, no fué ni podía ser una decisión por la cual se hubiera resuelto definitivamente sobre lo que es el objeto del juicio o sobre lo principal de él; y si tampoco el pacto compromisorio que las partes formalizaron pudo privar a los jueces ordinarios de la le-

gítima facultad con que se hallaban conociendo del negocio, mal puede entonces sostenerse falta de jurisdicción en los mismos para continuar en dicho conocimiento, y por lo tanto, para declarar nula —por falta de citación del Síndico Recaudador del Impuesto— una parte de lo actuado en el juicio, y para decidir luego, sobre el recurso propuesto contra la sentencia aprobatoria de la partición que, por obra de la nulidad declarada, vino a quedar procesalmente en condiciones de ser desatado. Que fué precisamente lo que hizo el Tribunal mediante el fallo de 27 de mayo de 1949 contra el que se ha propuesto el presente recurso.

El cargo, es por consiguiente infundado.

De los cargos restantes, la Sala procede a considerar el distinguido con el numeral sexto de la demanda, cuyos fundamentos son bastantes para determinar el sentido del fallo de casación, como pasa a demostrarse:

Este cargo, dice el recurrente, se refiere "a las soluciones jurisdiccionales de la sentencia del veintisiete de mayo de 1949 en relación con las objeciones quinta, sexta, séptima, octava y novena, en lo posible separadamente.

"Las objeciones 5ª y 6ª se refieren a la partida de $ 45.000.00 que el partidor dedujo contra la sucesión de doña Inés Leyva de Rivas. Por la primera objeción mencionada aquí, el objetante relieva que no corresponde a deuda de la causante dicha partida, sino a deuda de la sociedad conyugal en caso de existir porque se refiere a salarios y emolumentos devengados durante el matrimonio. Y también objeta que el crédito por concepto de venta de la finca de "Santa Isabel" es también a cargo de la sociedad conyugal. "Por la segunda el objetante sostiene que tratándose de créditos inexistentes, esas partidas deben excluírse, ya que no existen esas sumas ni en el haber de la sociedad conyugal, ni en el haber de la causante.

"... "El H. Tribunal le dá a los inventarios un alcance a una situación no contemplada en ellos. En efecto, en ninguna parte aparece que la señora haya reconocido un crédito a cargo de la sucesión por los $ 45.000.00 a que se refiere la partida de "Bienes propios del cónyuge sobreviviente", porque en sí la relación aparece es como trabajos que ejecutó el cónyuge durante el matrimonio y por los cuales devengó salarios, de un lado y de otro, la venta de una finca propia según el señor Rivas, que tampoco constituye obligación a su cargo o de la sucesión, con aplicación del artículo 1997 del C. C.

"De suerte que la sentencia del veintisiete de mayo de 1949 construye una obligación a cargo de la señora Inés Leyva, y con base en una declaración de su heredera que no dice nada sobre el particular en dicho sentido, con elementos ajenos a la declaración mencionada. No se vé cómo de haberse relacionado en los inventarios que el señor Rivas recibió durante el matrimonio $ 25.000.00 como perito y $ 16.000.00 en virtud de operaciones comerciales, y vendió una finca de su propiedad por $ 4.000.00, la cónyuge causante deba esas sumas y la heredera por haber dejado hacer dicha relación haya reconocido dichos créditos.

"Esa afirmación de la sentencia es un irrespeto absoluto al contenido de los inventarios, pues en ellos en ninguna parte aparece que doña María Francisca Rivas de Medina con la firma de los inventarios, haya reconocido créditos al señor Rivas. Una cosa es que el crédito lo constituya o integre el Tribunal, y otra cosa es que los inventarios contengan dicha declaración de voluntad.

"El señor Rivas bien hubiera podido relacionar todos los dineros que durante el matrimonio recibió por concepto de oficios, empleos o salarios devengados, y con ello en nada jurídicamente perjudicar a la causante o a su heredera, porque las reglas del artículo 1781 del C. C. son muy claras para indicar conforme al ordinal 1º que por esos haberes que recibe la sociedad conyugal, no debe esta entidad suma alguna, ni contrae obligación restitutoria. Y todavía la cuestión es más sencilla en tratándose de doña Inés Leyva, porque ella no responde con su patrimonio sino de sus obligaciones, y en ningún caso de las obligaciones de la sociedad conyugal o personales del señor Rivas, de acuerdo con el artículo 1833 del C. C. en armonía con el artículo 2º de la ley 28 de 1932.

"El juicio que hace el H. Tribunal sobre el contenido de los inventarios es de una equivocación evidente patentizada mediante la lectura de los inventarios, ya que relacionar sumas recibidas por el cónyuge durante el matrimonio a título oneroso no implica constituírse deudor de dichas sumas, ni el reconocimiento de ningún crédito a cargo de la sociedad conyugal y menos de la causante. Desconoce su valor al tenor de los artículos 630 a 632 del C. J.".

"...El H. Tribunal pues leyó indebidamente los inventarios, tanto de hecho como en derecho porque hizo un análisis jurídico de esas declaraciones fuéra de lugar. Por este aspecto el H. Tribunal violó los artículos 631, 632 y 630 del C. J. y 1758, 1759 y 1769 del C. C. Y como supuso una confesión de la heredera donde no podía existir ella, violó con

el artículo 1795 del C. C. por no aplicación al caso, el artículo 1769 del C. C. y 604, 605, 606 y 609 del C. J.

"Esto suponiendo que los inventarios contuvieran la declaración que no contienen, porque aun aceptando que los inventarios contuvieran el crédito aludido en la sentencia con la aplicación debida como corresponde del artículo 1795 del C. C. no era posible ni deducir la obligación que ni literal ni intencional se deduce (sic), ya que no se puede por confesión admitir obligaciones o créditos entre los cónyuges o sus herederos para alterar el patrimonio social. Y como no era posible la constitución de esa deuda por dicha razón y porque entre los padres y los hijos de familia no se conciben con aplicación del artículo 1852 del C. C., la ratificación de que se habla mediante el instrumento público número 1014 de la Notaría 4ª de Bogotá, y que tampoco aparece allí realmente, no tiene mérito legal con aplicación de los artículos 1740, 1741 y 1756 del C. C. Por éso se desconoció el derecho indicado en el cargo.

"Resulta pues que por razón de no aplicar e interpretar exactamente el artículo 941 del C. J. se deduce un crédito a cargo de la causante. También ese crédito se deuce por no leer como corresponde las partidas relacionadas en "Bienes propios del cónyuge sobreviviente", y darles el significado jurídico. El H. Tribunal no acertó tampoco en su valoración probatoria y violó los artículos 630 a 632 del C. J. y arts. 1758, 1759 y 1769 del C. C. Como consecuencia de no aplicar e interpretar correctamente el citado artículo 941 del C. J. y de no leer exactamente lo relatado en los inventarios y no valorar su mérito probatorio, el H. Tribunal violó los arts, 1781 ordinal 1º, 1783 ordinal 3º, 1802, 1826, 1829, 1833, 1836 y 1796 del C. C. disposiciones que tenidas en cuenta como corresponde de acuerdo con los inventarios habían conducido a desconocer los "supuestos créditos" de que habla la sentencia".

La Sala considera:

En relación con éste y otros cargos de la demanda, el señor procurador de la parte opositora limita sus observaciones al aspecto puramente formal de los mismos, por considerar que en su presentación han sido violados "por infracción directa, por aplicación indebida e interpretación errónea", los principios que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, gobiernan la técnica del recurso. "En efecto, dice, después de leer el desarrollo que le dá a sus cargos 3º, 4º, 5° y 6º, en el escrito respectivo, se advierte sin dificultad que allí agrupó las objeciones a la partición, dejando reducida la demanda de casación, que pretende fundar en el motivo 1º del artículo 520 del C. J., sin acusar por ningún lado. Se limita a formular un alegato de instancia, pero no especifica los cargos contra la sentencia, ni dice dónde hay violación directa, en la misma, contra la ley sustantiva; ni dónde aplicación indebida, o interpretación errónea. No tengo, pues, a qué contestar. La Sala apreciará a su tiempo la innocuidad de la demanda en estos cuatro cargos que no son sino las mismas objeciones tramitadas y resueltas en las instancias. Claro está que una sentencia aprobatoria de partición no recibe tratamieno diferente en casación, al que reciben las demás sentencias".

Esta observación sinembargo, auncuando exacta en la apariencia o sea, desde el punto de vista como el cargo se presenta, no lo es en la realidad de su contenido. "Cuando una sentencia aprobatoria de una partición se revisa, por cualquier recurso, ante el poder judicial, dijo esta Sala en fallo de ocho de septiembre de 1936, la revisión lleva necesariamente al estudio del trabajo partición, para examinar si está o no ajustada a las normas establecidas por los artículos contenidos en el título décimo del Libro 2º del Código Civil, pues de otra manera no habría medio de decidir si la sentencia se ajusta o no a derecho. No es, pues, sólo el acto judicial, la sentencia, lo que debe estudiarse, sino el acto de la partición. Si éste se acomoda a la ley, consecuencialmente la sentencia que lo aprueba resulta jurídica, y, por el contrario una sentencia aprobatoria de una partición en que se han desconocido los preceptos legales que la reglamentan, no puede subsistir" (G. J. Nº 1917, página 335). Pero si, por la naturaleza de las cosas, la sentencia de instancia no puede ser juzgada en casación sino a través de la consonancia de la partición con las normas legales que la gobiernan, lógicamente los cargos con que se la acuse han de apoyarse exactamente sobre ese mismo fundamento.

Por lo demás, el cargo en estudio se encuentra claramente concretado, como ya se vió, al hecho de que "el H. Tribunal le dá a los inventarios un alcance a una situación no contemplada en ellos", puesto que "en ninguna parte aparece que la señora haya reconocido un crédito a cargo de la sucesión y por los $ 45.000.00 a que se refiere la partida 'Bienes propios del cónyuge sobreviviente'. Con lo cual, concluye el recurrente, "El H. Tribunal... leyó indebidamente los inventarios, tanto de hecho como en derecho porque hizo un análi-

sis jurídico de esas declaraciones fuéra de lugar", y por "no aplicar e interpretar correctamente el citado artículo 241 del C. J. y de no leer exactamente lo relatado en los inventarios y no valorar su mérito probatorio, el H. Tribunal violó los artículos 1781 ordinal 1º, 1783, ord. 3º del C. C., disposiciones, que tenidas en cuenta como corresponde de acuerdo con los inventarios habrían conducido a desconocer los "supuestos créditos" de que habla la sentencia".

De donde resulta que no es sólo a través del trabajo de partición y de las objeciones propuestas contra él como se presenta el cargo en estudio, sino que más directamente lo está contra la sentencia que el recurrente acusa de ser violatoria de determinadas normas sustantivas, a consecuencia de la errónea apreciación de hecho y de derecho que hizo de los inventarios. Este, pues, el aspecto por el cual procede la Sala a analizar el cargo.

Ya se ha dicho cómo, a juicio del Tribunal, "no fué el partidor sino los propios interesados quienes, al confeccionar los inventarios, decidieron relacionar bajo el epígrafe de "Bienes propios del cónyuge sobreviviente" un crédito a favor de éste por la suma de $ 45.000.00"; por lo cual y siendo el inventario la base de la partición, hubo de concluír, en conformidad con el artículo 961 del C. J., la obligación en que se hallaba el partidor de "reconocer dicho crédito a favor del cónyuge sobreviviente, como fué relacionado en el inventario y ratificado más tarde por la heredera, y no a favor de la sociedad conyugal como luego se ha pretendido".

En consecuencia, y para verificar la exactitud de estos conceptos precisa examinar ante todo los términos como se relaciona en los inventarios las partidas de que se viene hablando.

Dentro del Capítulo del ACTIVO, y bajo el epígrafe "Bienes propios del cónyuge sobreviviente", aparecen relacionadas las siguientes partidas:

"Primero.—La cantidad de cuatro mil pesos valor del inmueble denominado "Santa Isabel"' ubicado en jurisdicción del Municipio de San Francisco de Chinga Departamento de Cundinamarca, que fué vendido en esa cantidad para aportarlo a la sociedad conyugal, cuatro mil pesos...$ 4.000.00

"Segundo.—La cantidad de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) aportados a la sociedad conyugal por el cónyuge sobreviviente y procedente del valor de sus honorarios como perito en las sucesiones de los señores José María Sierra S. y Soraida Cadavid de Sierra, cantidad fijada por el juez de la causa .....$ 25.000.00

"Tercero.—La cantidad de diez y seis mil pesos que introdujo el mismo cónyuge sobreviviente a la sociedad conyugal, procedentes de varias operaciones comerciales realizadas por el mismo .....
.....$ 16.000.00

Lo que dá un total de .....$ 45.000.00

La primera de estas partidas establece, no precisamente por la forma bilateral como se halla redactada, sino por el significado jurídico de los hechos que la han originado, un verdadero crédito personal del cónyuge sobreviviente contra la sociedad. pues según lo previsto por el artículo 1797 del Código Civil, "Vendida alguna cosa del marido o de la mujer, la sociedad deberá el precio al cónyuge vendedor"; que es exactamente lo que acontece en los $ 4.000.00 que en ellas se mencionan, como precio en que fué enajenada la finca de Santa Isabel, tal como lo expresan los inventarios.

Es cierto que posteriormente, dentro del incidente de objeciones a la partición, la heredera pretendió demostrar contra la verdad del hecho que allí reconoció o sea, que su padre don Ignacio Rivas, hubiera sido en realidad dueño del inmueble de que se viene hablando; pero como para entonces, no se estaba discutiendo la exactitud del inventario sino la legalidad de la partición, es claro que debiendo formalizarse esta última sobre las bases del primero, el trabajo de distribución tenía forzosamente que ajustarse a esa situación reconocida, como al fin y al cabo lo acepta el mismo recurrente en su libelo de casación.

No sucede lo propio en lo que respecta a las otras dos partidas, por valor de $ 25.000.00 y $ 16.000.00 y que el cónyuge sobreviviente devengó por sus "honorarios como perito en las sucesiones de los señores José Mª Sierra y Soraida Cadavid de Sierra", y por "varias operaciones comerciales realizadas por el mismo". En ellas no se relacionan créditos del cónyuge contra la sociedad, ni los hechos de donde tales sumas dimanan, conforme a lo establecido en el artículo 1781 del mismo Código Civil, que dice: "El haber de la sociedad conyugal se compone: "1º De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio...." Luego siendo las mencionadas sumas, el emolumento o producto de actividades que el cónyuge desarrolló dentro de la sociedad, su importe apenas si podría ser objeto de distribución entre los socios, caso de tener existencia real, mas no de una acreencia personal del primero, como lo entendió el señor partidor y lo sostuvo la sentencia del Tribunal.

Erró, pues, de hecho el Tribunal sentenciador en la apreciación del inventario, al darle a las dos partidas por $ 25.000.00 y $ 16.000.00, el carácter que no tienen, de créditos personales del cónyuge sobreviviente contra la sociedad; y erró de derecho cuando a través del artículo 961 del C. J. le asignó a la aceptación de las mismas por la heredera, el efecto del reconocimiento tácito de una deuda a cargo de la sociedad, para ser incluída en el inventario, y hacerse luego objeto de la partición; y, como consecuencia de tales errores, violó el artículo 1781, ordinal 1º del Código Civil, que claramente les asigna la calidad de bienes sociales que tanto la partición como el fallo les desconocen.

Por lo tanto, y con base en este cargo, que la Sala encuentra fundado, debe invalidarse la sentencia recurrida, y proferirse en instancia el que debe reemplazarlo. Para este último efecto, se considera:

Primera objeción: Según el artículo 1783 del Código Civil 'No obstante lo dispuesto en el artículo precedente, no entrarán a componer el haber social:

"3º—Todos los aumentos materiales que acrecen a cualquier especie de uno de los cónyuges, formando un mismo cuerpo con ella, por aluvión, edificación, plantación o cualquiera otra causa". De acuerdo con esta disposición y armonizándola con lo dispuesto en el artículo 1802 de la misma obra, la sucesión debe a la **sociedad conyugal** el valor de las mejoras hechas en los bienes del cónyuge difunto. De ahí, el que en el inventario se haya relacionado como pasivo el valor de las mejoras existentes en los inmuebles propios de la causante. No obstante ésto, el Partidor cometió el gravísimo error de considerar como acreedor al cónyuge sobreviviente en vez de a la sociedad conyugal, violando así la disposición transcrita. En consecuencia, pido al Juzgado ordene al Partidor que reforme su trabajo en el sentido de considerar como acreedora del valor de las mejoras a la sociedad conyugal y no al cónyuge sobreviviente".

Se observa:

Es indudable que frente al principio consignado en el artículo 1802 del C. C., según el cual "Se la debe así mismo recompensa (a la sociedad) por las expensas de toda clase que se hayan hecho en los bienes de cualquiera de los cónyuges" el anterior reparo sería fundado, si como lo sostiene el objetante, el partidor hubiera optado por considerar al cónyuge sobreviviente como acreedor de las que se hicieron en los inmuebles de la sucesión ($ 60.025.00), más bien que a la sociedad conyugal. La verdad es sin embargo la contraria, o sea, la de que en el expresado trabajo, el producto de aquellos aumentos fué liquidado como patrimonio de la sociedad, según las siguientes declaraciones que allí aparecen: "...así que numéricamente corresponde a la sociedad conyugal, no sólo los $ 44.880.00, que valen los bienes adquiridos por la sociedad y que están separados de los propios del causante, sino también los $ 40.800.00 de aumentos en el Baurá y los $ 19.225.00 de aumentos en el valor de los derechos herenciales de la misma causante, o sea un total bruto de 104.905.00 equivalente a lo inventariado en la sección "bienes de la sociedad conyugal". Y como activo de la sociedad fué luégo considerado para deducir de esta suma la que el partidor consideró ser su pasivo ($ 60.892.43, no $ 60.856.43, que equivocadamente escribió) aumentados luégo en la cantidad de $ 7.606.45, por partes acreditados con posterioridad al inventario.

Otra cosa es que al efectuar la correspondiente adjudicación, el partidor la hubiera hecho recaer directamente sobre las especies que él mismo considera pertenecer a la sucesión, más bien que sobre el crédito en que se traduce la expensa o costo de las mismas, como si aquéllas y no su valor, fueran el bien social por distribuír; demostraría esta observación la ilegalidad del trabajo por dicho concepto, mas no por error en cuanto al sujeto del derecho mismo, que es en lo que consiste el reparo que se examina.

Esta primera objeción es, por consiguiente, infundada.

Segunda, Tercera y Cuarta objeciones: Se concretan estos reparos a una misma cuestión de fondo, y por ello se los considera conjuntamente. Dice el objetante:

"El partidor omitió el deber que le impone el artículo 1398 del C. C. de proceder en primer lugar, a la separación de patrimonios, y de adjudicar exclusivamente a la cónyuge difunta representada por su heredera, los bienes propios de aquélla..." (Segunda).

"Según el artículo 1826 del Código Civil, cada cónyuge tiene derecho a sacar de la masa las especies o cuerpos ciertos que le pertenecen. El partidor, al adjudicar al cónyuge sobreviviente parte del inmueble de 'Baurá', violó esta disposición, por lo cual debe ordenársele que reforme su trabajo en el sentido de restituír dicho inmueble en su totalidad, con las mejoras puestas en él, a la única heredera..." (Tercera).

"Según el artículo 1826 del Código Civil, la mujer hará antes que el marido las deducciones de que hablan los artículos que preceden, y no siendo suficientes los bienes de la sociedad, puede hacer las deducciones que le correspondan sobre los bienes del marido. Esta disposición constituye una excepción en favor de la mujer y por tanto el partidor cometió un error craso al aplicarla en favor del marido, cosa que hizo so pretexto de pagarla como propio un crédito que pertence a la sociedad conyugal, por lo cual, pido de nuevo que se adjudique a la única heredera la totalidad de los inmuebles de la causante y de las mejoras puestas en ellos, con cargo de pagar a la sociedad dichas mejoras..." (Cuarta).

Se considera:

En el trabajo de partición que se examina el activo común bruto de $ 154.905.00, fué separado numéricamente, así: Para la sociedad conyugal, la suma de $ 104.905.00 integrada por "los $ 44.880.00 que valen los bienes adquiridos por la sociedad y que están separados de los propios de la causante, ...los $ 40.800.00 de aumentos en el Baurá y los $ 19.225.00 de aumentos en el valor de los derechos herenciales de la misma causante"; y para la sucesión los $ 50.000.00 restantes, valor de los bienes que relaciona el inventario, como "bienes raíces pertenecientes a la señora Inés Leyva de Rivas".

Y no es exactamente ésta la forma de separación que corresponde, dada la situación jurídica en que se hallan los distintos bienes que forman el activo común bruto relacionado en los inventarios. De acuerdo con ellos, sólo pertenecen a la sociedad conyugal, los que describen las partidas 1, 2 y 15 a 20 del capítulo 'Bienes de la Sociedad conyugal", por un valor total de $ 44.880.00 y a la sucesión, los que enumera el capítulo "Bienes pertenecientes a la señora Inés Leyva de Rivas". por valor de $ 50.000.00, los cuales adquirió a título gratuito, más los relacionados en las partidas 3 a 14 y 21 del capítulo llamado "Bienes de la sociedad conyugal", por valor de $ 60.025.00, por corresponder a aumentos y mejoras puestos por la sociedad en bienes propios de la causante (art. 1783 ord. 3° del C. C.), o sea que, dentro del haber inventariado corresponda a la sucesión, un valor total de $ 110.025.00.

Ni puede tampoco sostenerse, que debiendo la sucesión reembolsar a la sociedad, a título de expensas, el valor de las mejoras que esta última puso en bienes propios de la causante, conduce al mismo resultado tener como bienes del acreedor, para adjudicárselos, la parte de patrimonio del deudor que numéricamente equivalga a la acreencia, o reconocer simplemente ese derecho para imponerle al adjudicatario sucesoral la obligación de cancelarla. Ello puede ser exacto en la apariencia, pero no lo es, ni puede serlo en el campo del derecho. El deudor sólo está obligado a la prestación de lo que debe, como, correlativamente, el acreedor, nada distinto puede exigir de él, sino la especie, cuerpo cierto o bienes de género que forman el objeto de su obigación; y es claro que, con el primero de estos criterios, que fué precisamente el adoptado en la partición, lo que en realidad se ha hecho no es el pago, sino una dación en pago, que al consumarse por fuera de la voluntad de las partes, podría eventualmente conducir a gravísimo perjuicio para una de ellas.

De otro lado, en la distribución de los pasivos, tampoco se llevó a cabo la separación que correspondía al origen de cada una de las partidas que los forman, sino que se estimaron en su conjunto como deudas exclusivas de la sociedad, que luégo resultaron cancelándose, a menos en parte, con bienes propios de la sucesión.

En conformidad con las ideas expuestas, los reparos que se examinan son fundados, y así debe declararse.

Quinta y sexta objeciones: Se refieren estos dos reparos a una misma cuestión de fondo, y por ello se los considera también conjuntamente. Las tres partidas que por la suma de $ 45.000.00 relaciona el capítulo denominado "Bienes propios del cónyuge sobreviviente" del activo de los inventarios no tienen, como lo reconoce el propio partidor, existencia real ninguna, "pues ni entre los bienes de la sucesión ni entre los de la sociedad conyugal se encuentra esa suma ni nada que se le parezca"; si existió, su importe debió invertirse en las mejoras que por separado se relacionan, por lo cual su admisión como bienes distintos equivale a inventariar dos veces un mismo objeto. En consecuencia, tales partidas deben ser excluídas de la partición. (Sexta).

Con todo, si así no fuere, el monto de aquellos bienes no pertenecía al cónyuge que devengó los honorarios o emolumentos que las determinan, como lo expresa el partidor; sino a la sociedad conyugal, conforme a lo establecido por el artículo 1781 del C. C. Por lo tanto, es el caso de disponerse la reforma de la partición en dicho sentido. (Quinta).

Se considera:

Las observaciones hechas por la Sala al estudiar

el cargo correspondiente a estas objeciones, y por las cuales la sentencia del Tribunal ha de casarse, son bastantes para concluír que es fundado el reparo que aquí se formula, en cuanto a la innocuidad o ausencia de todo significado jurídico para las dos partidas que por $ 25.000.00 y 16.000.00 se inventariaron como correspondientes a salarios o emolumentos que el cónyuge sobreviviente devengó durante el matrimonio, pero que al tiempo de disolverse éste, no aparecieron representadas en bienes de ninguna clase; y que no lo es respecto de la suma de $ 4.000.00, precio en que dicho cónyuge enajenó un bien propio que le pertenecía, ya que en su contenido jurídico dicha partida revela un verdadero crédito suyo en contra de la sociedad, de acuerdo con el artículo 1797 del C. C.

Por lo tanto, las objeciones en examen deben prosperar, pero sólo parcialmente, en los términos que se acaban de expresar.

Séptima y novena objeciones: En la hijuela de deudas, se adjudicaron unos derechos vinculados a inmuebles de la sucesión y al lote de Santa Inés de la sociedad para sacarlos a remate y con su producto cancelarlos, debiendo luego distribuírse el sobrante proporcionalmente entre la heredera y el cónyuge sobreviviente. Con tal procedimiento, el partidor excedió sus facultades: Porque de conformidad con el artículo 967 del C. J. lo que corresponde ante todo es buscar el acuerdo entre los herederos para la venta de bienes de la sucesión, y sólo en el caso de no ser ésto posible se pide al Juez que previos los trámites de una articulación se decrete dicha venta, suspendiéndose entre tanto la partición; y porque al disponer una participación para el cónyuge en los excedentes del remate de bienes propios de la causante, le reconoce la calidad que no tiene, de heredero de la sucesión. (Séptima).

"El partidor adjudicó al cónyuge sobreviviente varios bienes para pagar la hijuela de deudas, en parte. Tal adjudicación debe hacerse al heredero y el cónyuge no lo es en esta sucesión". (Novena).

Se observa:

Auncuando es cierto que de conformidad con el artículo 967 del C. J. que se invoca, el remate para el pago de deudas debe preceder a la partición, esto no quiere decir que no puede así mismo disponerse para llevarlo a cabo con posterioridad a dicho acto, como en general ha venido practicándose. La subasta previa a que alude el precitado artículo tiene lugar, como allí mismo se expresa, en el caso de ser ella necesaria "para facilitar la partición"; pero es obvio que si el trabajo puede realizarse sin esta medida, nada se opone a que ella pueda disponerse dentro del mismo acto, máxime, cuando como es el caso, las diferencias y desacuerdos que ostensiblemente se han producido entre los interesados, llega a hacerla necesaria para la definitiva y total distribución de los bienes.

Por lo que hace a la participación del cónyuge en los sobrantes del remate, y a la adjudicación que se le hizo de parte de la hijuela de deudas, los reparos son fundados, dentro del criterio de confusión patrimonial que en el hecho aparece haber determinado tales procedimientos o sea, en cuanto se destinaron para el pago de pasivos no separados, bienes conjuntos de la sociedad y de la sucesión, y se adjudicó al cónyuge sobreviviente parte de estos últimos, haciéndole luégo partícipe en el posible mayor precio de los mismos, cuando, por no ser heredero, carece de esos derechos. Separados ya debidamente esos patrimonios, como adelante se explicará, las referidas adjudicaciones y participaciones quedarán limitadas al interés de los respectivos asignatarios de cada uno de los dos.

Así, pues, las objeciones que se examinan sólo son fundadas en parte, tal como se acaba de expresar.

Octava objeción: El partidor adjudicó pura y simplemente, al cesionario Manuel Iriarte, la cuota que adquirió de la heredera, sin sujetar dicha adjudicación al pacto accesorio de retroventa que las partes acordaron. En consecuencia, el trabajo debe ser rehecho para subsanar esta deficiencia.

Se observa:

No tiene razón el objetante en este reparo; pues que, como lo dice el Tribunal en su sentencia, en la hijuela de adjudicación respectiva se declaró que "el adjudicatario señor Iriarte es cesionario de la cuarta parte del derecho o acción de la heredera señora María Francisca Rivas de Medina, según la escritura pública Nº 1048 de 27 de junio de 1939, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá". Y "como en virtud de esta hijuela el señor Iriarte no adquiere más derechos que los que compró por medio del título que acaba de citarse y ese título contiene una cláusula de retroventa, es claro que la hijuela lleva implícita aquella condición, sin que sea necesario determinarla de manera expresa".

Fuera de ésto, el señor Iriarte, con posterioridad a la fecha de la partición, y mediante escritura

pública Nº 2020 de 24 de junio de 1941, de la Notaría 4ª de esta ciudad, (fls. 180 a 182, C. Nº 1º), retrovendió a la heredera los derechos que ésta le había enajenado: de esta suerte y para la fecha actual, la objeción a más de infundada, resulta desde luego improcedente.

Como síntesis de las observaciones que se dejan expuestas, y con el fin de allanar posibles dificultades posteriores, tanto para el partidor como para los propios interesados, la Sala concreta numéricamente a continuación, los términos como ha de procederse en la elaboración del nuevo trabajo.

El activo bruto se halla constituído, de acuerdo con los inventarios, por la cantidad de $ 154.905.00 que se distribuyó así:

Activo social (partidas 1, 2 y 15 a 20)	$ 44.880.00
Activo sucesoral (Bienes propios de la causante y mejoras)	110.025.00
	$ 154.905.00

Estos activos resultan afectados así:

Pasivo de la sociedad:

Hip. Baurá	$ 6.962.73
Deuda a Caja, hoy Rivas	5.000.00
Deuda a Rivas por honorarios pagados al médico	1.000.00
Reembolso a Rivas por el precio de Santa Isabel	4.000.00
Suma del pasivo	$16.962.73
Saldo activo líquido	$ 27.917.27
	$ 44.880.00

A la sociedad:

Por mejoras	$ 60.025.00
Gastos judiciales en bienes de la causante	2.000.00
	$ 62.025.00

Al cónyuge sobreviviente:

Gastos mortuorios	1.929.70
Impuesto (fl. 101, C. 1º)	6.606.45
	$ 8.536.15
TOTAL	$ 70.561,15
Saldo activo. Líquido .39.463.85	$ 110.025.00
Igual acervo común bruto	$ 154.905.00

Separados así los dos patrimonios, ha de procederse enseguida a la reconstrucción del de la sociedad, porque aumentado numéricamente en la suma de $ 62.025.00 que corresponde pagar a la sucesión, ha de tomarse en cuenta dicha suma para hacerla objeto de la correspondiente distribución. Y se tiene:

ACTIVO DE LA SOCIEDAD

Inventariado	$ 44.880.00
Su crédito contra la sucesión	62.025.00
Suma su haber bruto	$ 106.905.00
Menos su pasivo	$ 16.962.73
Haber líquido para distribuír	$ 89.942.27

Distribución:

Pasivo de la sociedad	$ 16.962.73
Para el cónyuge sobreviviente, por gananciales	44.971.13
Para la heredera por gananciales	44.971.14
	$ 89.942.27
Pasivo sin cancelar a cargo de la sucesión y a favor del cónyuge sobreviviente	8.536.15
Saldo líquido para la heredera	39.463.85
Igual acervo común bruto	$ 154.905.00

Determinadas así la liquidación y distribución respectivas, las adjudicaciones correspondientes se harán con base en las siguientes normas:

a) Cada pasivo se pagará directamente con los bienes del patrimonio que afecta. En consecuencia, el que corresponde a la sociedad, por valor de $ 16.962.73, lo será mediante adjudicación directa a los copartícipes de una cuota por igual valor, de los que forman los renglones 1, 2 y 15 a 20 del capítulo del activo llamado "Bienes de la sociedad conyugal", en la forma siguiente: $ 6.962.-73 del crédito hipotecario sobre Baurá, a la heredera doña María Francisca Rivas de Medina; y los $ 10.000.00 restantes, al acreedor y consocio señor Ignacio Rivas. Al pago del pasivo sucesoral por valor de $ 70.561.15 se atenderá con la correspondiente adjudicación a la heredera, a quien se ha de imponer la obligación de pagarlo treinta días después de ejecutoriado el fallo aprobatorio de la partición, previniéndole que de no hacerlo,

se sacarán a remate los bienes adjudicados, reservando a su favor, el mayor precio que pueda obtenerse en la subasta.

b) Los frutos tanto civiles como naturales producidos a partir de la muerte de la causante, se adjudicarán al respectivo asignatario, debiendo responder de su importe quien o quienes hayan poseído los bienes y por el tiempo que los hayan tenido en su poder.

c) Se dispondrá, finalmente, que la entrega de las respectivas asignaciones, se lleve a cabo por el Juez de la causa o por un comisionado suyo dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria del falio aprobatorio de la partición.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia aprobatoria de la partición proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el día veintisiete (27) de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), revoca la de primera instancia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Purificación, que aquélla había confirmado, y en su lugar,

FALLA:

Primero.—Decláranse fundadas las objeciones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y novena, propuestas por la heredera contra el trabajo de partición efectuado en este juicio, y en los términos particularmente expuestos en la parte motiva del presente fallo; e infundadas las demás.

Segundo.—Como consecuencia, el señor partidor procederá a rehacer dicho trabajo, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que se reciba el expediente por el Juzgado del conocimiento, ajustándolo a las observaciones que se dejan expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.—No hay lugar a costas.

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

Pablo Emilio Manotas — Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Hernán Copete, Conjuez—**Hernando Lizarralde**, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — REQUI SITOS DE LA PRESCRIPCION COMO MODO DE ADQUIRIR

"La prescripción —como lo dispone el artículo 2512 del C. C.— es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los requisitos legales". Pero como no ejerce posesión, sino quien ocupa o tiene la cosa en su poder con ánimo de señor o dueño, según la definición que de este concepto nos ofrece el artículo 762 del mismo Código, es claro entonces que para adquirir por el modo de la usucapión, no basta la prueba del simple elemento material del corpus, sino que es preciso además que éste se halle acompañado de la voluntad o ánimo de dueño con que se ocupe la cosa; y ninguna demostración más adecuada respecto de ese elemento intencional que la particular manifestación de quien la invoca.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B.—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con motivo de la muerte de Margarita Zúñiga de Lorza, les fue adjudicado a sus herederos, don Jesús Mª Lorza como cónyuge sobreviviente, y a sus hijos Enrique, Abel, Luis Mª y Virginia, en común y proindiviso, un predio urbano, ubicado en jurisdicción de San Vicente, hoy Andalucía, formado por un edificio con sus solares adyacentes y deslindado como aparece en los respectivos títulos de adjudicación.

Don Abel Lorza vendió sus derechos a su padre don Jesús Mª, mediante escritura pública número 52 de 19 de junio de 1913 de la Notaría de San Vicente; y éste a su vez, por escritura número 76 de 2 de octubre de 1913 enajenó a doña Julia de Libreros los que directamente le fueron adjudicados en la mortuoria de su esposa quedando apenas los que adquirió de su hijo Abel. Asimismo, adquirió la señora de Libreros los derechos de su hermana Virginia, conforme a contrato celebrado por escritura número 364 de 25 de agosto de 1913.

Don Jesús Mª Lorza falleció en noviembre de 1923, por lo cual y para el año de 1929 eran comuneros en el expresado inmueble, la sucesión de dicho señor, doña Julia Lorza de Libreros, y los señores Luis María y Enrique Lorza.

En el mes de junio de este último año, decidió don Enrique demandar la división de la comunidad, y al efecto dirigió su acción contra los otros comuneros, excepción hecha de la sucesión de su padre Jesús María, la cual reemplazó equivocadamente por don Abel, de quien se ha dicho, derivaba aquélla los únicos derechos que le restaban en la comunidad.

Luego de admitida y notificada al actor esta demanda, le vendió el propio demandante al señor José María Narváez J. "una parte de la manga perteneciente al inmueble de que se viene hablando conforme a lo estipulado en escritura pública número 283 de 30 de diciembre de 1930; por lo cual y cuando en 1937 resolvió adelantar el juicio promovido ocho años antes, tuvo que corregir el libelo para incluir al nuevo copartícipe señor Narváez.

"De los citados demandados, dice el auto por medio del cual se decretó más tarde la partición, sólo los señores Narváez y Abel Lorza aceptaron la división propuesta"; por lo cual, y no hallándose fundada la oposición de los otros comuneros, sobrevino el correspondiente decreto, y como consecuencia la partición que luego fue aprobada en providencia de veintiocho de agosto de 1939. En aquella distribución se formaron cinco lotes que se adjudicaron así: Lote número 1º a doña Julia Lorza de Libreros; lotes números 2 y 3 a don Enrique Lorza, el primero por el valor de su cuota y el segundo por concepto de gastos; lote número 4 a don Luis Mª Lorza y lote número 5, a los herederos de don Luis Mª Lorza. No se hizo pues adjudicación alguna a don Abel, porque sus derechos habían sido enajenados, ni al señor Narváez, por razones que se ignoran.

De todas maneras estas adjudicaciones quedaron en firme, por lo cual y ya registrado el correspondiente trabajo de partición, procedió don Enrique a enajenarle al citado señor Narváez, "El derecho

de dominio con las acciones consiguientes del referido lote o tramo número dos (2) el que se deja descrito y delimitado", según lo expresa la correspondiente escritura número 789 de 27 de agosto de 1941 otorgada en la Notaría Primera de Buga.

Con fundamento en este título, presentó el señor José María Narváez demanda ordinaria contra don Abel Lorza para que se declare: a) que el demandante es dueño del inmueble de que se viene hablando, y que ocupa el demandado; b) que el demandado debe restituir al actor dicho inmueble o sea "las dos piezas distinguidas con los números 17 y 19 por la calle 7ª y con el número 53 por la carrera 2ª" que forman parte integrante del inmueble comprado por el actor al señor Enrique Lorza Z. alinderado como se expresa en la demanda; c) que se condene al demandado a pagarle el valor de los frutos naturales y civiles que el inmueble hubiera podido producir si hubiera estado en orden del demandante; y d) que asimismo se le condene al pago de las costas.

El demandado contestó oponiéndose a las pretensiones del actor, e invocando la excepción de prescripción adquisitiva de las dos piezas que ahora se reivindican, por haberlas poseído quieta y pacíficamente desde el año de 1903 hasta el presente, o sea, por un lapso de cuarenta y cuatro años. Y por escrito separado propuso demanda de reconvención para que se declare: que es nulo el juicio de división material de que se habló anteriormente, por ausencia suya en dicho juicio; que el contrademandante es dueño del inmueble que se reivindica, por haberlo ganado por prescripción; que, por lo tanto el señor Narváez Jiménez no ha adquirido derecho alguno sobre él; y que debe ser condenado al pago de las costas. En subsidio, solicitó estas otras declaraciones: que por no haber intervenido Abel Lorza en el juicio de división material antes mencionado, no le afecta en sus derechos de dominio ni en su posesión, la partición, adjudicación y fallo aprobatorio de la misma efectuados en él; que por estar ilíquida la sucesión de José Mª Lorza, los derechos herenciales no han podido concretarse en cuerpo cierto, por lo cual ninguno de sus herederos ha podido tampoco enajenar cuerpo cierto; que el expresado señor es dueño de las piezas materia del juicio principal por haberlas poseído desde hace cuarenta y cuatro años con ánimo de señor y dueño; y que el contrademandado debe pagar las costas del juicio.

Trabada en estos términos la controversia, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Tuluá ante quien se adelantaba, la decidió en sentencia de nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, así:

"1º Reconócese al señor José María Narváez J. dueño del inmueble a que se refiere la escritura de compra número 789 de 27 de agosto de 1941, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Buga.

"2º Condénase al señor Abel Lorza Z. a restituir al señor José María Narváez J. las piezas a que se refiere la parte petitoria de la corrección de la demanda, tres días después de ejecutoriada esta sentencia.

"3º No se accede a ninguna de las peticiones a que se refiere la parte petitoria de la demanda de reconvención por los motivos expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

"4º No se accede a condenar al señor Abel Lorza al pago de los frutos naturales y civiles y costas por ser improcedentes para el caso".

De este fallo apeló el demandado para ante el Tribunal Superior de Buga, en donde por sentencia de trece de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, fue confirmada la de primer grado, teniendo en cuenta estas consideraciones, que son las fundamentales:

"El Tribunal auncuando encuentra perfectamente aceptable y como hecho cumplido el de que la "prescripción adquisitiva" que propone, como excepción perentoria el doctor Rico R. a favor de su representado, se interrumpió, tanto con la venta que hizo de su cuota o parte de la casa éste a su padre, como por la partición que los asignatarios herederos de Margarita Zúñiga de Lorza llevaron a cabo, cree conveniente hacer una revisión de las pruebas que han aducido las partes en el juicio, principiando por la CONTRADEMANDA que, en nombre del mismo demandado Lorza, interpuso contra el demandante Narváez".

Se refiere luego a los términos como cada una de las partes plantea sus pretensiones, y a las pruebas que sobre los hechos pertinentes obran en el juicio, y agrega:

"Por prescripción adquisitiva extraordinaria sostiene el doctor Rizo R. que a Abel Lorza le pertenecen las piezas perseguidas en el juicio, por haberlas poseído, como lo afirman sus testigos, con ánimo de señor y dueño desde el año de 1903. En el hecho de tan antigua posesión en las condiciones dichas, se basa la contrademanda del mismo Lorza contra el demandante Narváez.

"Para el Juez *a quo*, esta prescripción sólo debe contarse desde 1916, por el hecho de haberse registrado en ese año la escritura 52 de 19 de julio de 1913, por la cual el dicho señor Lorza vendió a su padre Jesús María Lorza todos los inmuebles que le correspondieron en la sucesión de su madre, hasta 1937 en que declaró Lorza su condición de comu-

nero en el juicio divisorio de la causa de que hacen parte las piezas materia de la litis, por lo cual el Juez declaró que no había lugar a la prescripción adquisitiva, por cuanto con dicha declaración se comprendía que Lorza no había venido poseyendo las tales piezas con ánimo de señor o dueño, sino en calidad de comunero.

"Pero el doctor Rizo R. se opone a esta declaración, con esta objeción: Si Abel Lorza por la venta que hizo a su padre en 1916 le entregó todo lo que poseía, como heredero de su madre, ¿cómo y por qué, se pregunta —el doctor Rizo R.— aparece nuevamente en 1937, el mismo Lorza poseyendo, en condición de comunero, las piezas que se reivindican?

"La pregunta anterior se contesta explicando estos dos hechos: a) Que la condición de comunero la perdió Abel Lorza cuando perdió también la posesión de todos los inmuebles que heredó de su madre, vendiéndolos a su padre, mediante la escritura 52 de 19 de julio de 1913; b) Que como las piezas materia de la litis no las entregó Abel Lorza, siguió, a partir de ese año de 1913, ocupándolas como poseedor; posesión que bien pudo ser con ánimo de señor y dueño, como lo declaran los testigos aducidos por Lorza, o sea una posesión que le hubiera servido para los efectos de la prescripción extraordinaria alegada por él, si no hubiera sido por la expresa manifestación que, el mismo Lorza hizo al Juez que conocía del juicio divisorio de la casa, de la cual hacen parte las piezas materia del pleito. Esa manifestación la hizo Lorza en su memorial de 11 de febrero de 1937 en términos que textualmente dicen así: "...El expresado juicio se encuentra en suspenso desde hace varios años y así nos damos por sabedores de los autos dictados hasta la fecha y que aún no se hayan notificado. Pedimos a usted notifique por conducto de uno de los jueces del Circuito de Roldanillo al señor Luis Mª Lorza Z. y por conducto del señor Juez Municipal de Andalucía a la señora Julia Lorza de L., *ambos condueños con nosotros* (se subraya), tanto la providencia que recaiga a esta solicitud, como las que aún ignoren dichos interesados. No estará por demás manifestarle *que aceptaremos la división propuesta* y así el traslado que ha de corrérsele al señor Luis Mª Lorza Z. y a la señora Julia Lorza de L., residentes en Roldanillo y Andalucía, respectivamente, como queda dicho... *Henry E. Lorza Z.—Abel Lorza Z.*

"De manera que no es caprichosamente, como lo da a entender el apoderado del demandado, que se le quite a Lorza en 1913 sus condiciones de poseedor y comunero, para volvérselas a reconocer en 1937, sino que los hechos anotados son los que han venido a determinar las dos situaciones de Abel Lorza con relación a las piezas que se reivindican.

"Continuada, como se dice, la posesión de Abel Lorza a partir de 1913 hasta la actualidad, no halló tampoco el Juez motivo legal para declarar la prescripción extraordinaria adquisitiva, por cuanto Lorza, como se anotó anteriormente, en 1937, manifestó ser comunero en la casa poseída con los demás herederos.

"Y sirve para aclarar todavía más la tesis anterior, la razón de que, aun cuando se tenga como prueba testimonial las declaraciones de los testigos aducidos por Lorza acerca de su condición de poseedor de las piezas en referencia, esa prueba sería únicamente relativa a la objetividad de la misma posesión, y no al elemento subjetivo del ánimo de señor o dueño con que tuviera el mismo Lorza la posesión de dichas piezas. Elemento este último que fue el que puso de manifiesto Lorza en 1937 en su memorial que se dejó anteriormente transcrito.

"Y se refuerza lo anterior con la sencilla razón de que, aun cuando se le dé todo el valor legal de prueba testimonial a declaraciones de testigos que afirmen que una posesión se ha tenido o se tiene, con ánimo de señor o dueño, desaparece o queda destruída ante la aclaración o confesión que haga el mismo poseedor acerca de su ánimo respecto a su misma posesión. Así ha pasado en el presente caso: Lorza, a pesar de declarar los testigos nombrados, que él ha tenido, con ánimo de señor y dueño, la posesión de las piezas que se reivindican desde 1903, o desde 1913, año desde el cual debe principiar a contarse esas declaraciones, todo prueba que en 1937 se encargó el mismo Lorza, de declarar que su condición, en ese año, y a propósito del tan mentado juicio divisorio, era la de comunero.

"No sobra agregar a lo anterior que actos administrativos de las piezas, como pago del impuesto predial que dicen los testigos hizo Abel Lorza durante el tiempo de la posesión de ellas, sólo aparece comprobado desde 1929, año en que se inició el juicio divisorio, con los recibos que aparecen del cuaderno 2º a folios 6 a 19.

"Todo, pues, confluye a la demostración del derecho con que se demanda la reivindicación de las piezas o parte del inmueble urbano descrito en la demanda, y de la carencia del que pretende tener el demandado sobre las mismas piezas, de cuya identificación, como cuerpo cierto, no queda duda, así como de la posesión que tiene de ella aquél. Sin que a la procedencia de la acción sea el caso de oponer el hecho de estar ilíquida la sucesión de Je-

sús María Lorza, pues, entre lo asignado a sus herederos no se halla lo que se reivindica.

"Las escrituras 364 de 25 de agosto de 1913 y 76 de 2 de octubre del mismo año, traídas debidamente registradas al juicio, a virtud del auto para mejor proveer dictado por este Tribunal, han servido para ACLARAR más la cuestión, ya que, por la primera de las citadas escrituras, aparece que una de las asignatarias (Virginia Lorza) en la casa dejada por la señora Margarita Zúñiga de Lorza, vendió a su hermana Julia Lorza el derecho que le correspondía en dicha casa y solar. Y, por la escritura (la número 76), aparece que el cónyuge sobreviviente Jesús María Lorza permutó con su hija Julia Lorza lo que a él le correspondió en la casa dejada por su esposa Margarita Zúñiga.

"Pero como Jesús María Lorza le había comprado desde 1913 por escritura número 52 a Abel Lorza lo que a éste le correspondía en la casa a que se ha venido haciendo referencia, muerto el permutante Lorza, a sus herederos les tocó el lote que en el plano aparece en el folio 28 del cuaderno 5º y se ve marcado con el número 5; lote como se ve, muy diferente al que ha sido materia del juicio, o sea el que figura como el lote número 2 y que fue el que le correspondió a Enrique Lorza en la partición y que éste vendió a su vez al demandante Narváez.

"Todas las consideraciones que se dejan expuestas, han conducido al Tribunal al concepto de que debe confirmarse la sentencia, ya que hasta de la demanda de reconvención, por lo que se deja expuesto, debe absolverse al demandante".

Recurrió en casación contra este fallo la parte demandada, y al formalizar su recurso, presentó contra él los siguientes cargos, basados todos en la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

Primero.—Por interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 2523 y 2524 del C. C., violó la sentencia el 2512 del mismo Código, al tener como interrumpida la prescripción adquisitiva alegada por el demandado, con fundamento en la venta de derechos sobre el mismo inmueble verificada en 1913 y el posterior registro de la partición; y como consecuencia de tal infracción, violó asimismo la sentencia los artículos 2512 y 2531 del C. C., por cuanto se abstuvo de declarar la adquisición del dominio por prescripción extraordinaria, de parte del demandado.

Segundo. — El sentenciador incurrió en evidente error de hecho en la apreciación del memorial dirigido el día once de febrero de 1937 por los señores Enrique y Abel Lorza Z. al Juez 2º del Circuito de Andalucía ante quien se adelantaba el juicio divisorio de que se ha hecho mérito, cuando le dio a dicho documento el valor de prueba contra el estado de posesión que el segundo ha estado ejerciendo sobre el inmueble materia de la controversia; y como consecuencia de ese error violó el artículo 2512 del C. C. que fija el modo como se adquiere por prescripción.

Tercero.—Al afirmar el Tribunal que los testimonios con que el demandado hubo de comprobar la posesión que ha tenido sobre el inmueble, se refieren sólo "a la objetividad de los hechos y no a la intención subjetiva de quien los ejecutó, incurrió en error de derecho, y como consecuencia violó el inciso 2º del artículo 762 y el 2512 del C. C.".

La Sala considera:

Primero.—La desestimación hecha por el Tribunal de la prescripción adquisitiva de dominio que propuso el demandado no se funda —como equivocadamente lo sostiene en su recurso— en el concepto puramente colateral y accesorio que contiene el fallo, respecto al hecho de no haber alcanzado a consumarse aquel fenómeno, a virtud de la interrupción que se produjo por el doble motivo de la venta de sus derechos herenciales verificada en el año de 1913, y del concurso que prestó luego a la partición judicial llevada a cabo en 1939, conforme a lo que se ha dejado expuesto anteriormente, y que, desde luego no son aptos a determinar la pretendida interrupción (artículos 2522 a 2525 del C. C.). Dicho concepto se apoya primordialmente en la consideración de que, con la venta de 1916, y aún más, con las declaraciones hechas por el demandado dentro del juicio divisorio, el elemento intencional de la ocupación que éste mantenía y que a través de la simple objetividad de los hechos sobre que deponen los testigos podía determinar el ánimo de señor y dueño, quedó patentizado como de simple tenencia, a nombre de la comunidad de que ya no formaba parte; por lo cual y por ausencia de ese elemento subjetivo de señor y dueño que es esencial a la posesión, hubo de rechazar la prescripción adquisitiva que alegó como medio de defensa en su favor.

Por lo tanto, apoyado el primer reparo en la idea de una errónea interpretación de las normas sustantivas que gobiernan la interrupción de la prescripción resulta completamente infundado, y debe en consecuencia rechazarse.

Segundo.—"La prescripción, como lo dispone el artículo 2512 del C. C., es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los requisitos lega-

les". Pero como no ejerce posesión, sino quien ocupa o tiene la cosa en su poder con ánimo de señor o dueño, según la definición que de este concepto nos ofrece el artículo 762 del mismo Código, es claro entonces que para adquirir por el modo de la usucapión, no basta la prueba del simple elemento material del *corpus*, sino que es preciso además que éste se halle acompañado de la voluntad o ánimo de dueño con que se ocupe la cosa; y ninguna demostración más adecuada respecto de ese elemento intencional que la particular manifestación de quien la invoca.

Ahora bien. En el caso de autos el demandado don Abel Lorza demostró mediante declaraciones que desde el año de 1903, o sea desde hace más de 44 años, ha venido ocupando ininterrumpidamente el inmueble que es objeto del pleito; con lo cual resultaba establecido el hecho de la ocupación material y aún hubiera podido concluírse el de la intención con que la ejercitaba, habida consideración de la naturaleza de los actos correspondientes.

Pero resultó sin embargo, que para el año de 1913 según se ha dicho, don Abel le enajenó a su padre don Jesús María Lorza "todos los inmuebles que al otorgante correspondieron por herencia de su legítima madre señora Margarita Zúñiga de Lorza", entre los cuales figuran expresamente los que le fueron adjudicados sobre la casa, con su solar y manga a que pertenece la parte que se reivindica en este juicio, y sobre la que invoca el demandado dominio por prescripción; con lo cual, considera el Tribunal, se extinguieron para el demandado los derechos que por concepto de herencia o a cualquier otro título podía tener sobre el inmueble, iniciándose de aquella fecha en adelante una nueva posesión, que el Tribunal no considera ejercitada a nombre propio sino de la comunidad, a virtud del memorial que en asocio de su hermano Enrique dirigió el 11 de febrero de 1937 al Juzgado que conocía del juicio divisorio, y en el que textualmente le dicen: "El expresado juicio se encuentra en suspenso desde hace varios años y así nos damos por sabedores de los autos dictados hasta la fecha y que aún no se han notificado. Pedimos a usted notifique por conducto de uno de los jueces del Circuito de Roldanillo al señor Luis Mª. Lorza Z. y por conducto del señor Juez Municipal de Andalucía a la señora Julia Lorza de L., ambos condueños con nosotros, tanto la providencia que recaiga a esta solicitud, como las que aún ignoren dichos interesados. No estará por demás manifestarle que aceptamos la división propuesta y así el traslado que ha de corrérseles al señor Luis María Lorza Z. y a la señora Julia Lorza de L. residentes en Roldanillo y Andalucía, respectivamente, como queda dicho".

En estas circunstancias, considera el Tribunal, que "aun cuando se le dé todo el valor legal a la prueba testimonial o declaraciones de testigos que afirman que una posesión se ha tenido, o se tiene, con ánimo de señor o dueño, desaparece o queda destruída ante la aclaración o confesión que haga el mismo poseedor de su ánimo respecto a su misma posesión. Así ha pasado en el presente caso: Lorza, a pesar de declarar los testigos nombrados, que él ha tenido, con ánimo de señor y dueño... se encargó de declarar que su condición... era la de comunero".

En los anteriores conceptos de la sentencia no encuentra la Corte, el manifiesto error de hecho, de que se le acusa, por equivocada apreciación del contenido del memorial antes transcrito. Porque si el juicio divisorio se agita y controvierte precisamente entre copropietarios o condómines, el llamamiento que como a interesado se le hizo a don Abel Lorza, al que su hermano Enrique había promovido desde 1929, no podía ser sino con base en esa condición jurídica, expresamente reconocida por aquél en el aludido memorial; y como de tal comunidad no se excluía la parte del inmueble que Abel venía ocupando, sino que antes bien lo abarcaba o comprendía en total, es obvio entonces que la aceptación dada a la demanda no otra cosa podía significar, que su reconocimiento a la existencia de la comunidad de la que equivocadamente se le venía considerando como partícipe, tal como lo entendió el sentenciador de instancia.

Tercero.—No es admisible sostener, como lo hace el recurrente en el último de los cargos propuestos, que al afirmar el Tribunal "que unas declaraciones de testigos se refirieron a la objetividad de los hechos y no a la intención subjetiva de quien los ejecutó, incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba porque... los testigos nunca pueden declarar sino sobre hechos reales y objetivos, que caigan bajo el dominio de los sentidos externos y nunca sobre nada distinto de hechos concretos, como lo sería el elemento subjetivo relacionado con el ánimo o intención de una persona al ejecutarlos".

Sentenciador y recurrente están conformes en el concepto de que los testigos nunca pueden declarar sino sobre hechos susceptibles de ser apreciados por los sentidos externos; el valor que en lo subjetivo pueda asignarse a cada uno, depende de su naturaleza y de las circunstancias de modo, tiempo, lugar, etc., en que se produzcan. Pero si con base en ese concepto, el Tribunal encontró que la mani-

festación hecha por Lorza ante el Juez que conoció del juicio divisorio, era bastante para darle a los actos de posesión sobre que declaran los testigos un determinado alcance, más bien que otro, entonces su criterio antes que contradecir el valor que corresponde a la prueba testimonial, armoniza exactamente su contenido con el que resulta de otros elementos de convicción, aducidos al informativo.

Son, pues, infundados los cargos propuestos contra la sentencia del Tribunal en este juicio, por lo cual deben desecharse.

A 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 trece (13) de julio de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo— Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas— Hernando Lizarralde, Secretario.

REQUISITOS DE LA DEMANDA CUANDO SE INTENTA REIVINDICAR VARIAS PORCIONES DE UN GLOBO DE TIERRA POSEIDAS POR SEPARADO POR DOS O MAS DEMANDADOS, QUE NO SON COMUNEROS ENTRE SI

Es casable la sentencia que condena a los demandados en juicio reivindicatorio a la restitución del terreno demandado como cosa singular, habiendo constancia en autos que cada uno de ellos posee como dueño una parte determinada del terreno por linderos especiales, diferentes de los del predio a que se refiere la demanda. Tal fallo es violatorio de la ley por errónea interpretación de las pruebas. (Casación de 4 de julio de 1923, G. J. Tomo 30, página 98).

"Cuando son varios los demandados en juicio reivindicatorio y diferentes los lotes que cada uno retiene por separado sin vínculo de comunidad, es inepta la demanda que no expresa los linderos o delimitación de la porción o porciones de tierras que se pretenden reivindicar; no basta alegar que esas porciones forman todas un cuerpo cierto que hace parte del globo de tierra del demandante cuyos linderos se expresan". (Casación de 4 de agosto de 1926, G. J., T. 33, pág. 117).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veinte y seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Eliseo Moreno, en nombre propio, y en el de la sucesión de David Moreno y Petronila Aguirre, de la cual es partícipe en su calidad de heredero, demandó ante el señor Juez del Circuito de Cáqueza a los señores Aquilino Flórez e Ignacio Forero para que previos los trámites del juicio ordinario se hagan estas declaraciones:

"Primero.—Que la sucesión de David Moreno y Petronila Aguirre es dueña del siguiente lote de terreno, a saber: "un globo de tierra ubicado en la sección Flórez de la jurisdicción del Municipio de Chipaque, alinderado así: 'Por el pie con propiedad de los herederos de Pedro Sabogal, los separan mojones y chamba; por el costado derecho con propiedad de los herederos de Rafael Escobar y de Lucas Angel, los separan mojones, chamba y una grada; por la cabecera con tierras de herederos de Fermín Rojas; separa una cuchilla y mojones; y por el costado izquierdo con propiedad de herederos de Guillermo Mora Lancheros y herederos de Dionisio Mora Lancheros de Lucas Angel, separa chamba y mojones"; y como dueña puede ejercer, por medio de sus herederos, las acciones de entrega, devolución, pago de usufructo, nulidad de los contratos o negocios de dicho globo, y demás que correspondan al derecho de propiedad de la parte demandante;

"Segundo.—Que la sucesión mencionada y sus herederos, entre ellos el demandante, tiene mejor derecho al uso y goce del globo de terreno antes alinderado, y por consiguiente, se debe condenar a la parte demandada a la entrega de dicho globo de terreno, junto con todas sus anexidades, y al pago de los frutos percibidos o que se hubieren podido percibir, de lo que les corresponda pagar por el aprovechamiento del mencionado globo de tierra, habiendo privado a la parte demandada de ese aprovechamiento y demás indemnizaciones a que hubiere lugar;

"Tercero.—Que se condene a la parte demandada a la restitución del globo de tierra de que se viene hablando, por prevalencia del título que presenta la parte demandante sobre el que pueda presentar la demandada, ya que el defecto que pudiera ofrecer el título de David Moreno, hoy sucesión, se encuentra perfectamente saneado por prescripción extraordinaria, según lo dispuesto en la ley civil, y por no haber corrido en contra de dicha sucesión tiempo alguno de prescripción adquisitiva de que fue, por esta causa, interrumpida;

"Cuarto.—Que se condene a la parte demandada a la mencionada restitución del lote en la proporción que le corresponde, y al pago de las indemnizaciones relacionadas con su oposición al secuestro de dicho lote en el mencionado juicio de sucesión, o de lo que salieren a deber si esa oposición, o los remates a que aluden los títulos de su oposición, o cualquier otro título llegare a perjudicar el derecho y título de la sucesión de David Moreno y Petronila Aguirre, para la cual se pide la eficacia de su propiedad y el pago de las prestaciones correspondientes;

"Quinto.—Que en el caso de no prosperar alguna o algunas de las peticiones anteriores presentadas bajo acumulación alternativa, se condene al pago de cualquier daño patrimonial causado a la sucesión por virtud de las actividades de los demandados en relación con el derecho alegado, junto con el pago de las costas y costos procesales por temeridad en la oposición".

Como hechos fundamentales de la acción se adujeron los que el Tribunal compendia así:

David Moreno adquirió durante su matrimonio, y por medio de la escritura número 248 de 2 de marzo de 1914, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá, el lote materia de la demanda.

Abierta la sucesión de David Moreno y de Petronila Aguirre, pidió la misma actora el secuestro del terreno a cuya reivindicación se aspira, medida a la cual se opusieron los demandados alegando su calidad de poseedores del terreno, razón por la cual la sucesión demandante, no está actualmente en posesión de dicho predio.

Los demandados han privado a la sucesión de la "tenencia material" del globo de terreno y de sus productos, y han perjudicado su patrimonio y causado daño a dicha entidad.

El título de la actora no se ha perjudicado por prescripción alguna y el registro da la tradición es anterior a cualquier otro registro hecho a favor de los demandados.

Según se estableció en el incidente de reconstrucción del juicio, los demandados se opusieron a las declaraciones incoadas, negaron los hechos fundamentales de la acción, y propusieron las excepciones que denominaron carencia de acción, prescripción extintiva en el derecho de los demandantes, ilegitimidad de la personería de la parte actora, posesión ininterrumpida por más de treinta años, inexistencia por falsedad del título de la actora, carencia de jurisdicción, "por cuanto los demandantes deben ejercitar su respectiva demanda contra cada uno de los demandados por los lotes o fincas que tienen en posesión" y ser improcedente la acumulación.

Trabado así el litigio, el Juzgado del conocimiento resolvió la primera instancia absolviendo a los demandados de los cargos que les fueron formulados.

El Tribunal de Bogotá, que conoció del recurso de apelación concedido al actor contra ese fallo, lo confirmó en el suyo de quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en cuya fundamentación expresó:

"La confrontación detenida de los linderos del predio que es objeto de la reivindicación, con aquellos que individualizan los lotes que adquirieron Aquilino Flórez e Ignacio Forero por medio de los remates de que se ha hecho mérito, pone de manifiesto la falta absoluta de identidad entre unos y otros. Por consiguiente no puede definirse si el predio que singulariza la demanda está formado por los dos lotes adquiridos por Flórez y Forero y, en consecuencia, si está poseído por los demandados con base en el título que alegan, derivado del remate. Sobre este particular está de acuerdo el propio apoderado de la parte actora, quien en su alegato de conclusión dice: "no se ha comprobado por la parte interesada que dichos lotes (se refiere a los adquiridos por Flórez y Forero en los remates relacionados) sean los que forman el que se reclama o siquiera que hacen parte de dicho inmueble, por lo cual son inoperantes contra el título del actor.

"La falta de prueba de la identidad del predio que poseen los demandados con el que se pretende reivindicar —que trae como consecuencia la imposibilidad de precisar el hecho de la posesión de este último por parte de los mismos— no la suple en concepto del Tribunal, la diligencia de secuestro preventivo llevado a cabo en el juicio de sucesión de David Morero y Petronila Aguirre, porque en dicha diligencia únicamente se identificó el terreno cuyo dominio pretende la sucesión y que debía secuestrarse, mas no aquellos materia de los remates que Flórez y Forero adujeron como base de oposición a dicha medida preventiva.

"Por lo demás, aun cuando dicha prueba obrara en el juicio —como se estableció en el incidente de reconstrucción— no tiene el carácter de prueba suficiente por cuanto debiéndose practicar la identificación por medio de inspección ocular, ésta no se verificó con observancia de las formalidades que la ley exige cuando esa prueba se practica fuéra del juicio en que está llamada a producir sus efectos (artículos 724 y 731 del C. J.).

"Ni el escrito de contestación a la demanda establece la prueba de los elementos cuya ausencia se anota porque, aun cuando los demandados aceptan en él el hecho de ser poseedores (hecho 4º), resulta indudable que esa posesión la concretan sobre los predios de que se consideran dueños por virtud de los remates varias veces citados; predios éstos que —como lo afirma el actor en la parte transcrita de sus alegatos— no forman parte de aquel a cuya reivindicación se refiere".

Al actor se le concedió recurso de casación, el que en su oportunidad ha sustentado proponiendo contra el fallo varios cargos que se apoyan todos en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. La Sala encuentra que uno de ellos está

debidamente fundamentado, por lo cual a él concreta su estudio, con prescindencia de los restantes.

Allí sostiene el recurrente que el Tribunal al afirmar que no está demostrada la identidad del inmueble materia de la reivindicación, incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que señala y en el quebranto consecuencial de los artículos 946, 950, 669, 673 y 740 del C. C.

Al fundamentarlo dice en resumen, que el actor no tenía por qué demostrar, como lo exigió el Tribunal, que el referido inmueble es idéntico a los descritos en los títulos aducidos por los demandados, pues la prueba que legalmente debía dar es la de que el terreno por éstos poseído es el mismo que el alinderado en el instrumento que sirve de base para la reivindicación; que esta identidad la demuestra la diligencia de secuestro practicada en el juicio sucesorio de los esposos David Moreno y Petronila Aguirre, en que los demandados se opusieron a la entrega que entonces debía realizarse del mismo globo de terreno, alegando que se encontraban en posesión de él y que eran sus dueños; que el Tribunal le negó a esa diligencia el valor de plena prueba que le asignan los artículos 286 y 632 del C. J., incurriendo con ello en error de derecho; que por este camino llegó a no ver lo que dicha diligencia expresa y a desconocer la realidad objetiva de los hechos en ella relatados; que el sentenciador, incurriendo en error de derecho exige como único medio de identificación una inspección ocular, cuando el actor puede establecerla con cualquier medio probatorio; que además, la identidad entre lo reivindicado y lo poseído por los demandados se comprobó con la confesión de éstos al aceptar los hechos tercero, cuarto y décimo de la demanda; que sobre ese hecho no había controversia y que al exigir prueba de él cuando no se requería en razón de esa aceptación, el Tribunal quebrantó los artículos 472, 593, 597, 601 y 604 del C. J.; y que al negarle valor probatorio a la confesión mencionada violó los artículos 1757, 1758, 1769 del C. C. y como consecuencia los artículos 946 y 950 ibídem.

Se considera:

El Tribunal negó la acción incoada en este pleito, por estimar que el actor no demostró uno de los elementos indispensables para su prosperidad, cual es el de que exista identidad entre la cosa que se reivindica y a la cual se refieren los títulos por aquél presentados con la poseída por los demandados; pero con las pruebas que cita el recurrente, la anotada identidad no puede remitirse a dudas.

En efecto, la diligencia de secuestro ya aludida (fs. 4 y 4 v., cuaderno principal), traída en copia debidamente autorizada a este proceso, es un documento auténtico al tenor de lo dispuesto en el artículo 632 del C. J. y hace, por tanto, plena prueba acerca de su contenido. Allí consta que el Juez comisionado recorrió e identificó el predio de la diligencia, cuyos linderos son los mismos del título que sirve de base a la reivindicación, y que Aquilino Flórez e Ignacio Forero, actuales demandados, se opusieron al secuestro alegando ser sus propietarios y tener la posesión de él pero en porciones separadas cada uno, las cuales no determinaron.

Además, los demandados aceptaron como ciertos los hechos 3º y 4º de la demanda (fs. 9 y 26, C. P.), en que se afirma, en síntesis, que el globo de tierra a que se refiere la litis es el mismo a que se contrae la referida diligencia y que aquéllos son sus actuales poseedores. En su aludida respuesta, éstos aclararon que cada uno tiene esa posesión pero en porciones separadas de acuerdo con sus títulos. Esa confesión judicial, tiene también el valor de plena prueba al tenor de los artículos 604 y 606 del Código Judicial.

Y como el sentenciador al considerar dichas pruebas afirmó que de ellas no resulta acreditada la identidad del terreno materia de la reivindicación de los demandados, siendo así que esos hechos aparecen de ellas plenamente demostrados, incurrió en los errores que le imputa el recurrente y en el consecuencial quebranto de los artículos 946 y 950 del Código Civil, en cuanto requieren, entre otros, la concurrencia de los dos anotados requisitos para la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Debe, pues, casarse la sentencia acusada y para proferir la que ha de reemplazarla, se agregan las siguientes consideraciones:

Los demandados no son comuneros en la posesión del globo general que se reivindica; por el contrario, cada uno de ellos ha alegado, desde la contestación de la demanda y está probado en el expediente, que tienen en él la posesión individual de sendos lotes, que en conjunto integran el general, y sobre cuya propiedad invocan diferentes títulos de dominio.

Ahora, en la demanda no se singularizó la porción del terreno que cada uno de los demandados posee ni se solicitó que se les condenase a restituir sus respectivas porciones, pues la acción se propuso (súplicas 1ª y 2ª), para que se les condene a los dos a la entrega del globo general, como si tuviesen la calidad de comuneros.

La acción reivindicatoria debe recaer sobre cosa singular, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 946 del Código Civil, y no cumpliendo el libelo ese

requisito legal de individualizar o determinar por sus respectivos linderos la parte del inmueble que tiene en posesión cada uno de los reos, y cuya restitución debió solicitarse, la demanda resulta inepta por ese aspecto. Sobra, de consiguiente, entrar a estudiar si se cumplen los demás requisitos de fondo para la prosperidad de la acción, y debe fallarse el litigio reconociendo esa excepción, la que, como es obvio, no extingue el derecho del actor.

Sobre estos particulares la Corte ha dicho en constante jurisprudencia:

"Es casable la sentencia que condena a los demandados en juicio reivindicatorio a la restitución del terreno demandado como cosa singular, habiendo constancia en autos que cada uno de los demandados posee como dueño una parte determinada del terreno por los linderos especiales, diferentes de los del predio a que se refiere la demanda. Tal fallo es violatorio de la ley por errónea interpretación de las pruebas". (Casación, 4 de julio de 1923; Tº XXX, pág. 98).

"En el presente caso los demandados no se consideran comuneros, sino dueños de lo que cada uno ocupa, y siendo esto así, cada uno de ellos no puede responder sino de lo que posee y no de lo que poseen otros, no se puede ordenar la restitución por acción reivindicatoria, ya que la cosa que cada uno posee no está individualizada". (Casación, 2 de marzo de 1931. G. J. número 1876, pág. 521).

"Cuando son varios los demandados en juicio reivindicatorio y diferentes los lotes que cada uno retiene por separado sin vínculo de comunidad, es inepta la demanda que no expresa los linderos o delimitación de la porción o porciones de tierras que se pretenden reivindicar; no basta alegar que esas porciones forman todas un cuerpo cierto que hace parte del globo de tierra del demandante cuyos linderos se expresan". (Casación, 4 de agosto de 1926, Tomo XXXIII, pág. 117).

Habrá, por tanto, de casarse la sentencia recurrida y revocarse la de primera instancia que absolvió a los demandados, para en su lugar declarar probada la excepción de carácter temporal de que ya se habló y que no hay lugar a decidir sobre el mérito de la acción.

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 quince (15) de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá, y revocando la de primera instancia dictada por el Juez del Circuito de Cáqueza, declara probada la excepción temporal arriba mencionada. No hay lugar, en consecuencia, a decidir sobre el fondo de la controversia.

Sin costas en el recurso. Son de cargo del demandante las de primera y segunda instancia, las cuales serán tasadas por el Juzgado y el Tribunal.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente a la oficina de origen.

Pedro Castillo Pineda — Gerardo Arias Mejía.— Alfonso Bonilla Gutiérrez—Alberto Holguín Lloreda. Hernando Lizarralde, Secretario.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA TENER LUGAR LA RESTITUCION DE TERMINOS POR ENFERMEDAD DEL APODERADO DE UNA DE LAS PARTES

La enfermedad calificada de grave, a que se refiere el numeral 3º del artículo 370 del C. J., no puede ser otra sino aquella que ha imposibilitado a quien pide la restitución, para hacer uso del término que le fue concedido. Esa calificación, en principio y por regla general, entraña una cuestión científica, que sólo pueden resolver los facultativos, porque ellos son los habilitados técnicamente para emitir un dictamen o concepto sobre el particular, lo cual no excluye que en ciertas circunstancias pueda establecerse la gravedad de la enfermedad, por otros medios.

Pero en ambos casos, dictamen de los facultativos, o a falta de éstos, otras pruebas, el hecho alegado, la enfermedad calificada de grave, debe acreditarse plenamente, de modo que el juzgador adquiera la plena convicción del hecho. No es, pues, cualquiera indisposición, cualquiera enfermedad, la que puede ser causa eficiente de la suspensión o de la restitución de los términos. Esos fenómenos no se operan sino mediante la comprobación de la existencia de una enfermedad calificada de grave, al tenor del numeral 3º ya citado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala B. de Casación Civil.—Bogotá, veintiseis de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

En el presente juicio ordinario seguido por Alfredo García y otros contra la sucesión de Ulpiano Zuleta, el apoderado de la parte recurrente, que es la demandada, interpuso el recurso de casación, que le fue concedido, y, por tal motivo, llegaron los autos a la Corte.

Fue repartido el negocio el 15 de enero de este año, admitido el recurso por auto del 13 de marzo, y se ordenó dar traslado por el término legal a la parte recurrente según proveído del 31 del indicado mes.

El 5 de abril le fueron entregados los autos al recurrente y éste los devolvió el 23 de mayo con una demanda presentada fuéra de tiempo según informe de la Secretaría.

La Sala en resolución del 3 de junio último, teniendo en cuenta el citado informe de la Secretaría y lo dispuesto por el artículo 532 del Código de Procedimiento Civil declaró desierto el recurso y condenó en costas a la parte recurrente.

En memorial del 7 de junio el doctor Diego Luis Córdoba, representante judicial de la sucesión de Ulpiano Zuleta, interpuso recurso de reposición contra el memorado auto que declaró desierto el recurso, y al mismo tiempo se atuvo a que la Sala abriera el incidente sobre restitución de términos, lo cual acabó por solicitar expresamente en otro memorial recibido en la Secretaría de la Corte el mismo día, escrito que le sirve para alegar el hecho de que padecía enfermedad grave "y estaba reducido al lecho y a la incapacidad para todo trabajo, muy especialmente para el trabajo mental".

Para demostrar su afirmación presentó "un certificado médico, suscrito en tal sentido, por los muy distinguidos facultativos doctores José Gregorio Baquero Guerrero y Oscar Peláez Mejía".

Por auto del 13 de junio se ordenó tramitar la referida solicitud por una articulación. El 23 de junio se abrió a prueba el incidente por el término de nueve días, los cuales empezaron a contarse el 26 del mismo mes según cómputo oficial de la Secretaría.

Dentro del término de prueba el doctor Córdoba pidió que se tuviera como tal el certificado que obra al folio 1º del cuaderno del incidente y que se citara a los mencionados doctores Baquero y Peláez para que se ratificaran en el contenido y firma de su escrito, que es el mismo de que se ha hablado.

Por auto del 14 del mes en curso se ordenó la comparecencia de los médicos para que de las 10 a las 11 de la mañana de cualquiera de los tres días siguientes, correspondientes a la ejecutoria del respectivo auto, ratificaran sus declaraciones bajo juramento ante el suscrito Magistrado.

La Secretaría anotó lo siguiente:

"Ejecutoriado como se halla el auto últimamente dictado. pasa al despacho del señor Magistrado sustanciador, hoy 22 de agosto de 1952, y le informa que los señores médicos no concurrieron a ratificarse bajo juramento en el certificado que han expedido al doctor Diego Luis Córdoba, en las horas

que se les señaló en el auto respectivo.—Hernando Lizarralde".

El doctor Córdoba en alegato recibido el mismo día, dice:

"No obstante carecer de ratificación el certificado que obra en autos, ruego al señor Magistrado que lo aprecie como prueba de mi enfermedad calificada grave, enfermedad padecida precisamente por la época en que se vencía el plazo para presentar mi demanda de casación contra la sentencia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín. Militan en mi favor el artículo 645 del Código Procesal Civil, artículo que así reza (aquí él). Bien comprendido que esta disposición no es exactamente aplicable al caso controvertido, por cuanto los certificados médicos no están firmados por Alfredo García; pero sí sirve de norte para que se aprecie la fuerza probatoria del certificado que alcancé a producir".

Se considera:

Esta Sala de Casación, en auto del 10 de agosto de 1943 (asunto Dolores Valencia de Villamil y otros contra Jesús Valbuena Casas y otros. GACETA JUDICIAL, tomo 56, págs. 35 a 37), dijo:

"Por fuerza mayor o caso fortuito procede la restitución, y dentro de estos dos factores entra la enfermedad calificada de grave del apoderado de los litigantes...

"La enfermedad calificada de grave, a que se refiere el numeral 3º del artículo 370 citado, no puede ser otra sino aquella que ha imposibilitado a quien pide la restitución, para hacer uso del término que le fue concedido. Esa calificación, en principio y por regla general entraña una cuestión científica, que sólo pueden resolver los facultativos, porque ellos son los habilitados técnicamente para emitir un dictamen o concepto sobre el particular, lo cual no excluye que en ciertas circunstancias pueda establecerse la gravedad de la enfermedad, por otros medios.

"Pero en ambos casos, dictamen de los facultativos, o a falta de éstos, otras pruebas, el hecho alegado, la enfermedad calificada de grave, debe acreditarse plenamente, de modo que el juzgador adquiera la plena convicción del hecho. No es, pues, cualquiera indisposición, cualquiera enfermedad, la que puede ser causa suficiente de la suspensión o de la restitución de los términos. Esos fenómenos no se operan sino mediante la comprobación de la existencia de una enfermedad calificada de grave, al tenor del numeral 3º, ya citado".

El recurrente se basa, como se ha visto, en el citado numeral 3º del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, y alega, por lo tanto, la enfermedad grave, como causal a que se refiere aquella norma.

Para comprobar su aserto presentó el escrito que forma el folio 1º, y cuyo contenido, por lo breve, se transcribe a continuación:

"Bogotá, 6 de junio de 1952—El suscrito médico y cirujano, CERTIFICA: Que el doctor Diego Luis Córdoba sufre de colitis amibiana crónica; y que, del 14 al 22 de junio del corriente año estuvo gravemente enfermo, por ataques agudos de esa enfermedad, hasta el punto de que le prohibí el trabajo mental y aún el material, durante esos días. Por su parte, la esposa del doctor Diego Luis Córdoba también ha estado y sigue gravemente enferma, padeciendo una enfermedad propia de su sexo. En constancia firmo. Doctor José Gregorio Baquero Guerrero, médico y cirujano (firmado y con anotación de cédula). Adhiero. Oscar Peláez Mejía (firmado y con anotación de cédula).

Como muy bien se comprende el escrito anterior no puede tenerse como prueba legal del hecho a que se refiere, por las siguientes razones:

1ª Porque está extendido con tan poco cuidado que lleva fecha 6 de junio y se certifica sobre hechos ocurridos del 14 al 22 del mismo mes.

2ª No consta legalmente que los doctores José Gregorio Baquero Guerrero y Oscar Peláez Mejía sean médicos y solamente existe la suposición de verosimilitud, pero no fue posible acreditar, siquiera con su declaración jurada, que tenían ese carácter. Aunque bien se comprende que un título de médico, lo mismo que el de abogado, o de cualquier otro grado académico, no puede acreditarse con la sola afirmación del interesado.

3ª Porque ni aún los profesionales graduados pueden declarar bajo la forma de certificado, o sea, ante su propia autoridad, pues esto lo tiene reservado la ley a los funcionarios mencionados en el artículo 632 del Código de Procedimiento Civil.

4ª y última. Porque habiendo tenido oportunidad los mencionados señores Baquero y Peláez, de declarar bajo juramento ante el suscrito Magistrado, en los días y en las horas que se les señalaron en auto ejecutoriado, no se sirvieron concurrir y parece que pensaron que el Magistrado debiera recibirlos en días y horas en que estaba cumpliendo con el deber de asistir a las deliberaciones de la Sala Plena o de la Sala B. de Casación Civil.

En tales circunstancias fuerza es admitir, aunque muy a pesar del que suscribe, que el doctor Diego Luis Córdoba no consiguió suministrar la prueba de su enfermedad grave para poder desapachar favorablemente su solicitud.

Por lo expuesto, no se accede a decretar la restitución del término, solicitada por el recurrente.

Notifíquese.

Luis E. Cuervo—Hernando Lizarralde, Secretario.

EL ERROR COMO CAUSAL DE CASACION

El error evidente, el error manifiesto no puede resultar de apreciaciones que, si discutibles, no dejan de estar respaldadas por razones atendibles y dignas de respeto. Lo evidente se opone a lo racionalmente opinable. La misma discusión suscitada por el recurrente, con argumentos no despreciables, acerca de la interpretación dada por el Tribunal, también con buenas razones, a la demanda de reconvención, está demostrando que en ninguno de los dos extremos brilla la evidencia del error.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

En septiembre de 1945, los señores Jorge Montoya y Bernardo Uribe estuvieron planeando un negocio, a virtud del cual el primero debería dar al segundo el dominio pleno de un predio situado en Bogotá, y recibiría en cambio otro situado en el Municipio de Pacho. El mayor valor de la finca que recibiría Montoya, que era de $ 1.500.00, fue entregado por éste a Uribe antes de firmarse la promesa de contrato que estaba convenida, y cuya minuta quedóse escrita, pues en realidad no se firmó, como tampoco se llevó a efecto la permutación proyectada, a pesar de lo cual Uribe negóse a restituir a Montoya la expresada suma de dinero, alegando que por exigencia de éste hubo de entenderse con los arrendatarios de la finca de "Algodonales" o "Country Clarige" para que se la restituyeran, como lo hicieron, a fin de poderla entregar a Montoya, quien le causó por tanto perjuicios considerables, pues negóse a cumplir la promesa de permuta, y lo obligó a ejecutar diversos actos encaminados a cumplirla por su parte.

Planteada así la discusión, Montoya demandó a Uribe para el pago de los referidos mil quinientos pesos y de los perjuicios consiguientes a la indebida retención de esa suma, y Uribe contrademandó para que se condenara a Montoya a pagarle los perjuicios que le causó con su incumplimiento, detallados en la demanda de reconvención, y subsidiariamente la cantidad de cinco mil pesos estipulada como pena en la promesa de contrato.

El Juez del conocimiento (8º Civil del Circuito de Bogotá) clausuró la primera instancia con la sentencia de 14 de marzo de 1947, en que, declarando no probadas las excepciones de Uribe, lo condena al pago de los mil quinientos pesos, sin lugar a perjuicios, y absuelve a Montoya de todos los cargos de la contrademanda.

Apelado ese fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó en sentencia de 6 de octubre de 1948, contra la cual concedióse a Uribe el recurso de casación, que se procede a decidir, por estar agotada su sustanciación.

EL RECURSO.—Un cargo principal y otro subsidiario, fundados ambos en el primer motivo de casación, formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal.

El cargo principal se hace consistir en que el sentenciador "incurrió... en error de hecho al interpretar que las peticiones principales de la demanda de reconvención se fundaron por la parte que represento, en culpa contractual, error de hecho que lo llevó a violar directamente, por falta de aplicación, los artículos 2341, 2343, 2347 y 2356 del C. C. y el numeral 3º del artículo 209 del C. de P. C."

La interpretación que se atribuye al Tribunal es exacta. La deduce éste: 1º De la petición básica de la reconvención, en que se demanda a Montoya para que "se le condene a pagarme por concepto de perjuicios sufridos por mí, debido al incumplimiento por parte del demandado, de un negocio sobre permuta de dos inmuebles y por haberme exigido que le entregara desocupado el inmueble de mi propiedad..., y haber procedido yo a hacerlo desocupar".

2º De las súplicas primera, cuarta y sexta, que se apoyan en la misma *causa petendi*: el incumplimiento del demandado al negocio de permuta.

3º De la petición subsidiaria, en que se cobra la suma de cinco mil pesos "que se estipuló como pena en la promesa de contrato para la parte que no cumpliera o no estuviera lista a darle cumplimiento".

4º Y de expresiones inequívocas del alegato de

instancia, en donde se invoca como fuente indemnizatoria el contrato de permuta.

El recurrente, rechazando la interpretación del Tribunal, sostiene que las peticiones principales de la reconvención persiguen indemnizaciones por culpa extracontractual, e invoca en apoyo de su punto de vista los hechos uno a veintisiete, que relatan únicamente ante-acto del contrato, y los fundamentos de derecho, en que se citan los artículos 2341, 2343, 2347 y 2356 del C. C., que se refieren a la culpa extracontractual, y explica que aunque los hechos 28 y 29 se refieren a culpa contractual, ellos se relacionan sólo con la petición subsidiaria de la demanda, "que se concreta a pedir los cinco mil pesos fijados como pena en la promesa de contrato, que aunque no firmada por las partes, sí cuenta con su asentimiento y reconocimiento".

De paso se anota que además de los referidos artículos sobre responsabilidad común por los delitos y las culpas, cuya cita no consideró el Tribunal suficiente para cambiar la interpretación deducida de las súplicas y hechos de la contrademanda, en ésta se invocaron también los artículos 1602, 1603, 1610, 1614 y 1618 del C. C., que se refieren, casi todos, a contratos o a prestaciones originadas únicamente en convenciones.

Se ha visto, pues, cómo la interpretación de la demanda de reconvención es causa de desacuerdo entre el Tribunal y el recurrente, cómo cada uno aduce razones, más o menos fundadas, en pro de su respectiva tesis. En tales circunstancias podría calificarse de evidentemente errónea la interpretación del sentenciador? La Sala está muy lejos de considerarlo así, pues el error evidente, el error manifiesto no puede resultar de apreciaciones que, si discutibles, no dejan de estar respaldadas por razones atendibles y dignas de respeto. Lo evidente se opone a lo racionalmente opinable. La misma discusión suscitada por el recurrente, con argumentos no despreciables, acerca de la interpretación dada por el Tribunal, también con buenas razones, a la demanda de reconvención, está demostrando que en ninguno de los dos extremos brilla la evidencia del error.

Y no apareciendo demostrado error de hecho manifiesto en la interpretación del Tribunal, el cargo principal no puede prosperar.

En el cargo subsidiario sostiene el recurrente que los mil quinientos pesos a que se refiere el recibo de 27 de septiembre de 1945, suscrito por Uribe, fueron pagados a éste por Montoya, a buena cuenta del precio de la permuta que tenían convenida, como allí consta, y que, por tanto, ese pago proviene de una obligación natural, que no da acción a Montoya para repetir lo pagado. Y que como el Tribunal desconoció la naturaleza jurídica de esa obligación, violó directamente los artículos 1527, ordinal 3º, y 2314 del C. C., por no haberlos aplicado al caso del pleito.

Se considera:

El Tribunal, al estudiar la petición primera de la demanda principal, que versa sobre reintegro de aquella suma, encontró plenamente configurada la acción de *in rem verso*, y afirmando que "el enriquecimiento carece de causa cuando la prestación no ha sido obtenida en virtud de la estipulación de un contrato o por motivo de una obligación natural o consagrada por la ley", llegó a la conclusión de que en el caso actual no aparece convención entre las partes, ni tampoco "obligación natural ni legal a cargo de Montoya de suministrar los mil quinientos pesos objeto de la demanda, a Uribe Ochoa".

La Sala respeta este juicio del sentenciador, porque como lo observa el opositor "para que pudiera existir la violación directa de los textos sería menester establecer por medio de la prueba el hecho fundamental de que el señor Jorge Montoya le pagó al señor Bernardo Uribe la suma de $ 1.500.00 en cumplimiento de una obligación natural, y establecer también que se incurrió en error evidente de hecho o de derecho al apreciar la prueba en otro sentido, ya que el Tribunal expresó la razón por la cual condenaba al demandado a restituir la suma expresada. Mientras esta razón quede en pie no se puede invocar la violación directa de los cánones civiles ni es posible admitir que el Tribunal haya incurrido en ella".

La entrega de la suma referida se hizo a buena cuenta de una permuta de inmuebles, uno de los cuales valía más que el otro, y esa permutación —a que debía preceder una promesa de celebrarla, que quedóse en proyecto— no se realizó. En estas circunstancias no era posible que el juzgador estimara la entrega de aquella suma como pago de una obligación natural que no se ha demostrado.

El cargo es, pues, improcedente, pero no envuelve un medio nuevo en casación, como el opositor lo pretende, porque la cuestión ya había sido propuesta en las instancias del juicio como puede verse en

los alegatos del apoderado de Uribe (folios 67 y 78).

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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el seis (6) de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948).

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez.

Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda.

Hernando Lizarralde, Secretario en propiedad.

SE DECLARA DESIERTO UN RECURSO DE CASACION PORQUE QUIEN FORMULO LA DEMANDA NO ESTABA INSCRITO COMO ABOGADO EN LA CORTE

Desde el momento en que la ley (artículo 4º de la Ley 69 de 1945) castiga disciplinariamente y hasta con la pérdida del cargo y de las prestaciones correspondientes, a los magistrados, jueces o funcionarios jefes de oficina que acepten cualquier solicitud o gestión suscrita o patrocinada por quien no pueda hacerlo, es claro que les está prohibiendo la admisión de tales solicitudes o gestiones, de donde rectamente se infiere que presentarlas en las condiciones prohibidas equivale a no ejercitar la acción o derecho de que se trate, pues la prohibición legal no es sólo para el funcionario sino también para el solicitante o gestor (artículo 1º, Ley 69), aunque sólo a aquél se aplique la sanción del caso. Y la aplicación de la sanción al juez o magistrado no significa la revalidación del acto prohibido.

No se trata en estos casos de nulidades de procedimiento, susceptibles de ser subsanadas, porque las nulidades de esa clase, a más de estar taxativamente señaladas, suponen una actuación en que se han omitido determinados requisitos. Cuando el Magistrado rechaza la solicitud o la considera inoperante, por no estar inscrito en su oficina como abogado quien la formula, no hace otra cosa que abstenerse de actuar de acuerdo con la demanda o petición inadmisible, y aplicar el procedimiento que corresponda cuando la parte o el litigante han dejado vencer un término sin hacer uso de su derecho. A esto equivale, se repite, presentar una demanda o solicitud cualquiera quien tiene prohibición de hacerlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

En este juicio, seguido por Antonio María Barragán contra Argemiro Carrillo y la sucesión de Angel M. Losada, la Corte declaró admisible el recurso de casación concedido a Carrillo contra la sentencia de 6 de agosto de 1951 del Tribunal Superior de Bogotá.

Corrido el traslado al recurrente, su apoderado, doctor Jaime Uribe Holguín, formalizó el recurso en escrito presentado el 24 de marzo último, que el Secretario pasó el 25 a la mesa del ponente, con informe de estar vencido el término y de no hallarse inscrito como abogado el doctor Uribe Holguín; en vista de lo cual la Sala, en auto de 17 de abril, declaró desierto el recurso, con aplicación del artículo 532 del C. J.

El doctor Uribe Holguín inscribióse el 24 de abril, y ese mismo día pidió reposición del citado auto del 17, solicitud que fue sustanciada legalmente, oponiéndose a ella el apoderado de la contraparte.

Estima el reclamante que la falta de inscripción no significa que la casación no se fundara dentro del término legal, porque la finalidad de las leyes que reglamentan la abogacía, que es la de impedir que litiguen quienes no son abogados, no se viola si el peticionario lo es en realidad y si está inscrito en el Tribunal, "que es donde realmente se hace la inscripción, conforme a lo dispuesto por el artículo 9º de la ley 62 de 1928", de lo cual deduce que en tales casos "no hay facultad legal para dictar un auto en los términos del que reclamo, sino que debería dictarse una providencia ordenando mantener en suspenso el asunto, mientras el litigante no esté inscrito ante la Corte. Lo contrario, equivale a declarar una nulidad o a imponer una sanción que no pueden declararse o imponerse sin disposición expresa de la ley", siendo así que las sanciones que establece la 69 de 1945 son de multa o destitución para los funcionarios que acepten solicitudes de quien no es abogado inscrito, lo cual descarta la sanción de nulidad, y a imponer ésta equivale "el dar por no presentada en tiempo una demanda de casación, en caso como el que nos ocupa".

La Sala no está de acuerdo con estas razones del reponente, que podrían ser conducentes para aspirar a una reforma de las leyes que reglamentan el ejercicio de la abogacía, pero que son absolutamente infundadas mientras tales leyes conserven su vigencia.

Según la reforma constitucional de 1945, ya no pueden ser inscritos como abogados sino los que ten-

gan título profesional, y sólo los inscritos como tales pueden litigar, salvas las excepciones legales expresas.

De manera que no basta ser abogado graduado para poder litigar. Es necesario también estar inscrito como tal; y no basta la inscripción general que hace el respectivo Tribunal Superior, de acuerdo con el artículo 7º de la ley 62 de 1928, pues es el certificado de admisión que aquél expide y de que trata el artículo 9º el que "da derecho a ser inscrito en la matrícula de que habla el artículo siguiente, y lo habilita (al interesado) para ejercer la abogacía en cualquier parte de la República.

Pero obsérvase que la matrícula establecida por el artículo 10 ibídem ha de hacerse en todas las oficinas en que el admitido quiera litigar y en que ello sea legalmente necesario, de modo que si el abogado no está inscrito en alguna, no podrá ejercer ante ella, por más que esté matriculado en todas las demás (artículo 1º, Ley 69 de 1945).

Ahora bien, desde el momento en que la ley (artículo 4º de la 69 de 1945) castiga disciplinariamente y hasta con la pérdida del cargo y de las prestaciones correspondientes, a los magistrados, jueces o funcionarios jefes de oficina que acepten cualquier solicitud o gestión suscrita o patrocinada por quien no pueda hacerlo, es claro que les está prohibiendo la admisión de tales solicitudes o gestiones, de donde rectamente se infiere que presentarlas en las condiciones prohibidas equivale a no ejercitar la acción o derecho de que se trate, pues la prohibición legal no es sólo para el funcionario sino también para el solicitante o gestor (artículo 1º, Ley 69), aunque sólo a aquél se aplique la sanción del caso. Y la aplicación de la sanción al juez o magistrado no significa la revalidación del acto prohibido.

No se trata en estos casos de nulidades de procedimiento, susceptibles de ser subsanadas, como lo pretende el reponente, porque las nulidades de esa clase, a más de estar taxativamente señaladas- suponen una actuación en que se han omitido determinados requisitos. Cuando el Magistrado, como ocurrió en el caso que se resuelve, rechaza la solicitud o la considera inoperante por no estar inscrito en su oficina como abogado quien la formula, no hace otra cosa que abstenerse de actuar de acuerdo con la demanda o petición inadmisible, y aplicar el procedimiento que corresponde cuando la parte o el litigante han dejado vencer un término sin hacer uso de su derecho. A esto equivale —se repite— presentar una demanda o solicitud cualquiera quien tiene prohibición de hacerlo.

Ni puede admitirse, como lo quiere el peticionario, que en casos como el actual se suspenda la actuación hasta que se inscriba en la Secretaría de la Corte quien no lo estaba en la fecha en que presentó su demanda, pues con este sistema quedaría al arbitrio del litigante suspender indefinidamente la sustanciación del recurso, haciendo ineficaz el derecho de la contraparte. Le bastaría no matricularse nunca.

Estas consideraciones son suficientes para que la Sala niegue la reposición de su providencia de 17 de abril de este año.

Notifíquese.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda. Emilio Prieto, Oficial Mayor en propiedad.

LAS ACCIONES ALTERNATIVAS NO PUEDEN EJERCERSE SIMULTANEAMENTE, PERO NO HAY INCONVENIENTE PARA QUE SE EJERZAN DE MANERA SUCESIVA

Dada la naturaleza misma de la idea que el término expresa, la facultad de escoger en que se traduce la alternabilidad de las acciones, no implica ni determina la extinción de la no elegida, sino una simple suspensión en el derecho de proponerla hasta cuando la otra haya cumplido con los fines naturales a que se dirige; pues que siendo la acción un simple medio de asegurar la eficacia de los derechos, es apenas natural reconocer el que asiste al acreedor insoluto de acogerse a una vía que la ley le reconoce, y que no puede entenderse renunciada por la sola elección de otra, que no logró satisfacer los fines jurídicos a que estaba encaminada. No pueden darse, por consiguiente, acciones alternas simultáneas, pero sí sucesivas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, agosto veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Rodríguez Peña)

El día 12 de noviembre de 1942, el señor Alejandro Duque le vendió a Zoilo Vargas unas mejoras que tenía en terrenos baldíos, ubicados en el Municipio de Tello del Departamento del Huila, por la suma de un mil doscientos pesos ($ 1.200.00); para cancelarle este precio, suscribió el segundo a favor del primero un pagaré por medio del que se obligaba a solucionar su deuda en tres contados, así: $ 500.00 en el mes de agosto de 1943; $ 500.00 en agosto de 1944, y los $ 200.00 restantes, en el mismo año de 1945.

Posteriormente, el veintiuno de septiembre de 1943, suscribieron los interesados un nuevo instrumento confirmatorio de la venta, en el que declaran además que "verificado el pago, este contrato se elevará a escritura pública".

"Con base en estos documentos, el primero de sptiembre de 1944 promovió el acreedor demanda ejecutiva con embargo preventivo de bienes contra su deudor, por el total del precio estipulado, la que sólo prosperó por la parte de precio que hasta ese momento se había hecho exigible, o sea, por la suma de un mil pesos ($ 1.000.00).

En curso dicho juicio, decidió el propio señor Duque promover por conducto de apoderado ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Neiva, la demanda que ha dado origen al presente juicio contra Vargas, para que previos los trámites correspondientes al juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primero.—Que está resuelto, por falta de pago el contrato sobre promesa de venta contenida en el documento privado de fecha veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), en virtud del cual don Alejandro Duque le vendía en su calidad de colono cultivador y Zoilo Vargas le compraba unas mejoras agrícolas...

"Segundo.—Que como consecuencia de la anterior declaración, el demandado señor Zoilo Vargas debe restituír a mi poderdante señor Alejandro Duque, en el término de tres días, todo lo relacionado en el punto anterior, conforme al documento de promesa de venta... con todos los frutos naturales y civiles que haya podido producir la cosa, no sólo los percibidos, sino también los que su dueño o poseedor señor Duque hubiera percibido (sic) con inteligencia y actividad, siquiera medianas, teniendo la cosa en su poder, desde el día 12 de noviembre de 1943 en que recibió el demandado Vargas materialmente esas mejoras, hasta el día en que se verifique la restitución total considerando al demandado Vargas como poseedor de mala fe.

"Tercero.—Que el demandado Zoilo Vargas debe pagar a mi representado Alejandro Duque, todos los perjuicios que le ha ocasionado con la falta de cumplimiento del contrato de promesa de venta... perjuicios que estimó en la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500.00).

"Cuarto.—Que el demandado debe pagar también los intereses comerciales y moratorios o en subsidio los legales, desde el día en que recibió la posesión material de las mejoras hasta el día en que se verifique el pago y devuelva las mejoras al poderdante Duque.

"Quinto.—Que si el demandado se opone, se le condene también al pago de las costas".

La anterior demanda fué decidida en primera instancia mediante sentencia de veinticuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, y por ella se absolvió al demandado de todos los cargos que en ella se le propusieron.

Apelado este fallo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, lo revocó por sentencia de nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en su lugar, resolvió:

"1º—Declárase resuelto, por falta de pago completo, el contrato vertido en documento de veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), en virtud del cual Alejandro Duque prometió vender a Zoilo Vargas unas mejoras agrícolas, ubicadas en terrenos baldíos de la Nación, en jurisdicción del Municipio de Tello, fracción de la Urraca, mejoras consistentes en enramada, trapiche de madera y enseres de molienda de caña, una casita en construcción, cultivos de caña, cafetales, pastos artificiales, plataneras y otros cultivos, más una máquina descerezadora, un fonio de cobre de lámina, de buen tamaño para la elaboración de panela, una hacha nueva y otra usada, un barretón, cercos de alambre en la colindancia con Lastenio Sánchez y Abelardo Tovar, comprendida dicha posesión y mejoras", dentro de los linderos que expresa la demanda.

"2º—Como consecuencia de la declaración anterior el demandado, señor Zoilo Vargas restituirá al demandante señor Alejandro Duque, dentro de dos días siguientes al en que quede en firme esta sentencia, las mejoras relacionadas, así como también sus frutos naturales y civiles percibidos y los que el dueño hubiera podido percibir desde el día doce de noviembre de 1942, día de la entrega, y en la proporción en que, según el artículo 1932 del C. C. dejaron de pagarse por el demandado.

"3º—En la misma forma pagará a Duque el valor de los deterioros demandados en conformidad con lo que al respecto se solicita en la súplica *tercera* de la demanda y según se aprecie y determine al ejecutarse la sentencia, (inciso 3º del artículo citado); y

"4º—El demandante, señor Alejandro Duque, deberá, por su parte, restituír dentro del término de seis días, al demandado señor Zoilo Vargas, la cantidad que éste compruebe haber entregado al primero por parte del precio de las mejoras que prometió comprar.

"No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas por la parte actora.

"Sin costas".

En apoyo de esta decisión expone las siguientes consideraciones:

"Por la primera petición del libelo de demanda transcrita al principio, vemos ya que la acción agitada por la parte actora en este negocio es la *resolutoria* tácita de la promesa de compraventa vertida en el documento privado de 21 de septiembre de 1943, por la cual Alejandro Duque pactó vender a Zoilo Vargas unas mejoras por valor de mil doscientos pesos ($ 1.200.00) acción que el actor apoya principalmente en lo dispuesto al efecto en los artículos 1546 y 1930 del Código Civil.

"El problema, pues, de autos ha quedado planteado en estos términos: el demandante pide la resolución del aludido contrato de 21 de septiembre con los efectos que, a su juicio, son inherentes a la declaración judicial respectiva; el demandado se opone a ello, alegando que tal contrato no reúne las condiciones legales para que valga como promesa de venta; el Juez del conocimiento, por su parte, considera que el ejecutivo que previamente adelantara el actor para obtener el pago de la deuda proveniente de ese contrato, enerva la acción resolutoria propuesta por el mismo ante él...".

Hace luego el sentenciador algunas consideraciones sobre la viabilidad de la acción resolutoria respecto de las promesas, sobre los términos como se acordaron las estipulaciones que han dado origen a esta controversia, y finalmente, sobre la significación que cabe darle al hecho de haberse propuesto con anterioridad, y hallarse aún *sub judice* la de ejecución o cumplimiento, ofreciendo respecto de este último punto, que es el atacado ante la Corte, los siguientse conceptos:

"Como se ve por la transcripción que al principio se dejó hecha del argumento del Juez *a quo* para pronunciarse en contra de la resolución solicitada, fue la consideración de que el ejercicio de la una acción (la de cobro ejecutivo), inhibe el de la otra (la resolutoria), lo que determinó su decisión adversa a las pretensiones del demandante.

"Esta tesis está fundada en la consideración de que los derechos concedidos, tanto por el artículo 1546 para los contratos bilaterales en general, como por el 1930 para la compraventa en particular, derechos que permiten en caso de inejecución del contrato demandar su resolución o el cumplimiento de la prestación debida, son esencialmente alternativos: o se opta por lo uno, o por lo otro, no pudiendo la parte afectada hacer uso de los dos remedios a la vez. Apoyada esta interpretación en el claro texto de las dos disposiciones citadas, no se discute ya su justeza jurídica, siendo hoy copiosísima la literatura jurisprudencial que la respalda.

"Pero tendríamos ya con eso lo bastante para negarle a Alejandro Duque el derecho de demandar

la resolución de la promesa de contrato contenida en el documento de 21 de septiembre, tan citado aquí? Considera la Sala que en ésta, como en toda cuestión a decidir en el campo judicial, no siempre el dogmatismo es la mejor ruta de acierto, presentando, como presenta de ordinario cada caso, allí, tan disímiles facetas. Es verdad, por cuanto de ello está la prueba en el expediente, que cursa un juicio ejecutivo de Alejannro Duque para obtener de Zoilo Vargas el pago de la cantidad de mil doscientos pesos ($ 1.200.00), precio de las mejoras que prometiera vender a este último según el mencionado contrato. Es verdad igualmente que al hacerlo, dado que tal juicio no ha terminado, el actual y de nuevo demandante Duque, se presenta a nuestra vista ejercitando simultáneamente dos acciones: la de cobro por una parte y la resolutoria por otra, acciones que, surgidas de una misma causa o fuente de derechos, son incompatibles entre sí, comoquiera que el cobro del precio implica la voluntad de respetar el contrato, y su resolución la de desconocerlo como vínculo de relaciones de derecho.

"Sin embargo y véase de esto cómo no siempre la forma coincide con el contenido, para la verdad jurídica de fondo, la actual vigencia de la aludida acción de cobro ejecutivo llevada adelante por el actor, señor Alejandro Duque, es algo que ha dejado, y dejó de tener, incluso con anterioridad a la presente acción resolutoria, su significación de tal. ¿Por qué? Porque aun cuando dicho ejecutivo no sea todavía una situación judicial pasada en el tiempo, ya que aún no ha terminado legalmente, sí lo es para los efectos con él buscados, o sea, para lo que concierne al pago del valor de las mejoras, pago que quedó insoluto, puesto que el mandamiento ejecutivo no se libró, ni podía librarse, por toda la suma, sino por una parte de ésta.

"No habiéndose, pues, obtenido con ese juicio el cumplimiento de la obligación del demandado, ya que a ello equivale la condena parcial por mil pesos ($ 1.000.00) cuando la deuda y la demanda lo fueron por mil doscientos pesos ($ 1.200.00), y apareciendo además, como aparece, cancelada aún la posibilidad de alcanzar más por virtud del mismo, como claramente se ve a los folios 5 y 6 del cuaderno número 6 de este expediente, quiere decir todo ello que, para la realidad judicial de fondo, y aunque desde el punto de vista formal no pueda considerarse el expresado ejecutivo, y con él la acción de cobro como algo legalmente concluído, lo uno y lo otro son, no obstante, situaciones procesales fracasadas. Y esto con anterioridad al presente negocio, pues el mandamiento de pago parcial, único resultado alcanzado por Alejandro Duque con el ejecutivo de que nos ocupamos, tiene fecha 19 de abril de 1945, siendo notificado sin interposición de recurso alguno, el 23 del mismo mes y año, en tanto que la demanda ordinaria que ha dado lugar al actual negocio fue presentada por el apoderado del mismo, doctor Moreno, el 22 de enero de 1947.

"....

"Cosa distinta, habría sido, si en el ejecutivo de Alejandro Duque, no se hubiera producido todavía el mandamiento parcial de pago a que hemos venido refiriéndonos, o que éste se hubiese librado, con toda la deuda cobrada, pues en el primer caso, actuante estaría aún la posibilidad de que prosperara al fin la acción de cobro y con ello, la de que se planteara asimismo la situación contradictoria a que antes se ha aludido, y, en el segundo esto último sería ya una realidad.

"El fracaso, pues, de la acción de cobro, sea total o sea parcial, esté o no vigente el juicio en que se haya operado, ocurrencia es que de suyo produce para el contrato incumplido, el efecto compensatorio de dejar automáticamente abierto el camino de su resolución".

Transcribe a continuación algunos apartes doctrinarios de la Corte sobre la materia y prosigue así:

"Pero si todo ha venido bien hasta aquí para el demandante, su hasta ahora favorable posición en juicio seguirá siéndolo al ponerla en contacto con uno de los fenómenos más importantes que han de producirse para el éxito de su acción en casos como el presente: de la mora?

"Si nos atuviéramos a lo que, en tesis general preceptúa el artículo 1609 del Código Civil, aplicable a todos los casos en que se trata de obligaciones recíprocas —las de autos lo son— e hiciéramos al mismo tiempo caso omiso de la clase de las a que alude el negocio, esto es, sin parar mientes en si en él se trata de obligaciones simultáneas o de sucesivas, habría talvez que contestar negativamente el interrogante anterior.

"En efecto, preceptuando como preceptúa el citado artículo 1609, que "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos", Zoilo Vargas podría alegar, que mientras Alejandro Duque no le hubiera otorgado la escritura de las mejoras, como no se la otorgó, o hubiera estado pronto a otorgársela el día en que las mismas debieron pagarse, no podía considerársele en estado legal de mora para efectos de la prosperidad de la acción resolutoria propuesta, ya que, tanto en su letra como en su espí-

ritu, lo que quiere decir la citada disposición es que quien va a pedir debe haber dado a su vez, o haber estado dispuesto a dar en la oportunidad convenida, pues lo que en último término justifica el derecho a exigir cuando a la vez se debe dar, no es tanto la condición de pactante o contratante que se haya asumido en determinado momento, como la posición de buena fe que se adopte, o se esté dispuesto a adoptar, frente a cada ordenamiento contractual.

"El buen sentido y la doctrina ha venido, sin embargo, a dar al precepto que nos ocupa la interpretación que más se acomoda a las necesidades y realidades jurídicas que está llamado a regir: aun cuando expresamente no lo diga el artículo 1609, su aplicación sólo es posible para una especie de obligaciones: las que deben operarse simultáneamente, esto es, cuando no es necesario dar para pedir, bien sea en el tiempo o en la causalidad. Si una prestación ha de darse primero, o ha de ocurrir como condición de otra, entonces la facultad de abstención que confiere el artículo a cualquiera de los contratantes en las convenciones bilaterales, facultad que permite a cada uno no cumplir sino hasta tanto el otro cumpla, no rige. De manera, pues, que, si por el contrario uno de los pactantes ha de dar o hacer algo antes que el otro, o para que a su vez dé o ejecute también, este tal no puede abstenerse, hasta esperar el cumplimiento de quien deba darlo o hacerlo con posterioridad o como consecuencia de su propia obligación. Puede haber una espera o abstención sin mora, cuando el otro contrante no tiene el privilegio de dar o hacer después, o como secuela de otra prestación.

"En el caso de autos, como se sabe, el otorgamiento de la escritura por parte de Alejandro Duque, dependía del pago que previamente debía hacer Zoilo Vargas del valor de las mejoras prometidas en venta. Dependiente su obligación del cumplimiento de Vargas, mientras este último no pagara, no nacía para él la de escriturarle dichas mejoras, ni se operaba por ende, en su contra; el fenómeno de la mora, como sí ocurría en cuanto a Vargas desde el instante en que, llegado el plazo fijado para pagar las mejoras no lo hizo. Sabido es que dicho plazo correspondía al último de agosto de 1945. También, pues, por este último aspecto es viable la acción resolutoria propuesta en el presente negocio".

Contra la anterior providencia interpuso recurso de casación el señor apoderado de la parte demandada, el que oportunamente formalizó con fundamento en los siguientes cargos:

"Primero.—Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa de los artículos 1546 y 1930 del C. C., que permiten al vendedor —en caso de mora en el pago por la otra parte— exigir el precio o la resolución del contrato, pero no las dos cosas a la vez, como lo sostiene la sentencia que impugno. El Tribunal en su sentencia, aunque reconoce que no es jurídico el ejercicio simultáneo de las dos acciones de que habla el artículo 1930 del C. C., termina aceptando que en este caso sí pueden introducirse al tiempo, porque en su concepto el juicio ejecutivo es una *situación procesal fracasada.*

"Nada tan equivocado como este concepto del Tribunal, de que pueden ejercitarse *simultáneamente* las acciones resolutorias del contrato y de ejecución del mismo; porque nuestra legislación en ningún precepto autoriza el ejercicio de dos medios legales, nacidos de una misma causa jurídica y que tiene una sola prestación en derecho. Y no lo autoriza, porque además de pecar contra la ley civil, conlleva a un acto inmoral.

"El Tribunal para llegar a la infracción de las normas mencionadas, necesitó recortar pasajes de la sentencia de la Corte, que cita.

"En esta sentencia, dice la Corte claramente que en contraposición a su antigua doctrina, de que al hacerse uso de una de las acciones del artículo 1930 ibidem no podía ejercitarse la otra acción en ningún caso, la actual jurisprudencia sostiene que sí puede ejercitarse una después de fenecida la otra, pero no simultáneamente.

"Me valgo del mismo pasaje de la Corte que transcribe la sentencia del Tribunal de Neiva, pero completo, para confirmar mi acusación: 'Cuando se ejercita pues la acción resolutoria del contrato, habiéndose iniciado antes la de cumplimiento del pacto, es necesario para que sea recibible aquélla, que el juicio en que se demanda el cumplimiento, *no esté vigente*, que haya terminado por alguno de los medios legales o que se demuestre que no obstante el esfuerzo del acreedor, no ha podido éste, en el juicio de cumplimiento obtener la contraprestación que demanda. *En otros términos: no pueden coexistir las dos acciones ni ejercitarse simultáneamente, sino una después de otra, cuando la primeramente excogitada no ha producido los resultados buscados por el acreedor*'. (G. J. Tomo 49, pág. 317 y 318).

"Esto, en cuanto al punto de derecho relacionado con la violación del espíritu de los artículos 1546 y 1930 del C. C., que categóricamente impiden la tramitación al tiempo, de dos juicios, que buscan una misma prestación jurídica. En cuanto al argumento de que el juicio ejecutivo es una actuación

procesal fracasada, argumento que no incide ni modifica la tesis de la incompatibilidad de las dos acciones simultáneas, los autos hablan por sí solos, de su falta de seriedad.

"¿Cómo puede un juzgador decir que hay fracaso en un juicio ejecutivo, en que se demanda por mil pesos y se reciben mil pesos? ¿Cómo puede hablarse de fracaso judicial en el cobro de una deuda por $ 200.00, que no pudo ser demandada con lo del resto del pagaré, si esa deuda no se ha cobrado judicialmente? ¿Cómo puede hablarse de fracaso procesal en un juicio ejecutivo en que el demandado, por conducto de su apoderado, dice que está 'listo a pagar inmediatamente o el saldo que resulte a su cargo, siempre que el demandante le otorgue la escritura? Y finalmente, ¿cómo puede un litigante honorable que ha recibido del juzgado lo demandado ejecutivamente (fl. 7 v. c. 6), insistir en cobrar por otro medio judicial, lo que ya tiene cancelado?

"Segundo cargo.—Ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción directa, al no haber aplicado al caso del pleito, los artículos 756, 1496 y 1880 del C. C y por interpretación errónea del artículo 1609 de la misma obra.

"El Tribunal al no aplicar al caso del pleito el artículo 1496 del Código Civil, que reconoce en los contratos bilaterales (la compra-venta) obligaciones recíprocas entre los contratantes; siendo una de esas obligaciones la entrega o tradición de la cosa, según el artículo 1880 ibidem, la cual no se realiza sino mediante la inscripción del título en la oficina de registro —artículo 756 C. C.—, violó estas disposiciones, por no aplicarlas, siendo órdenes legales y al aceptar, como aceptó, que Duque no estaba obligado por el contrato de compra-venta a otorgar la escritura de enajenación de las mejoras.

"E interpretó el Tribunal erróneamente el artículo 1609 del C. C. al concluir que Duque no está en mora de cumplir sus obligaciones, porque Vargas no las ha cumplido a la vez.

"Más claro: el Tribunal dice que como Vargas no le pagó a Duque las mejoras en agosto de 1945, fecha en que debía otorgarse la escritura, éste no está en mora, porque aquél no le ha cumplido. 'En el caso de autos —dice el Tribunal— el otorgamiento de la escritura por parte de Alejandro Duque, dependía del pago que previamente debía hacer Zoilo Vargas del valor de las mejoras prometidas en venta. Dependiente su obligación del cumplimiento de Vargas, mientras este último no pagara, no nacía para él la de escriturarle dichas mejoras, ni se operaba por ende, en su contra, el fenómeno de la mora, como sí ocurría en cuanto a Vargas desde el instante en que, llegado el plazo fijado para pagar las mejoras, no lo hizo. Sabido es que dicho plazo correspondía al último de agosto de 1945'. (C. 5 fl. 21).

"A su vez, el demandante Duque expresa en su libelo: 'El demandado está en mora de cumplir sus **obligaciones, para que mi poderdante** señor Duque *acabe de cumplir con las suyas,* o sea, con el otorgamiento de la escritura pública, pues ésta, según el contrato, debía otorgarse cuando el demandado cumpliera las obligaciones del pago, en sus cuotas periódicas ya señaladas'. (C. 1, fl. 5 v.). Es decir, que debía y debió otorgarse en agosto de 1945.

"Y el demandado responde: '...mi poderdante ha depositado en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva, la suma de un mil pesos ($ 1.000), como parte del pago del precio, y está listo a pagar inmediatamente el saldo que resulte a su cargo, siempre que el demandante le otorgue la escritura'. (C. 1, fl. 13).

"Deducimos de esto que de acuerdo con la ley y el contrato, la obligación recíproca de pagar y la de otorgar escritura, debía cumplirse en agosto de 1945. Y está probado que Duque ni ha cumplido, ni se ha allanado a cumplir en la forma y tiempo debidos, para que pueda ahora solicitar la resolución del contrato y para que el Tribunal en mala interpretación del artículo 1609, C. C., se la conceda.

"La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto, a la vez que clara, ha sido constante en el sentido de que estando ambas partes en mora de cumplir sus obligaciones recíprocas, no se puede exigir de la otra la resolución del contrato, hasta tanto 'alguno' de los contratantes, cumpliendo con lo suyo, se habilite para demandar contra el otro la resolución o el cumplimiento contractual, o hasta cuando la prescripción ponga término a las indicadas acciones'. (Sentencia de marzo 25 de 1950).

"Se sigue en su integridad el espíritu fiel del artículo 1609 del C. C. y el aforismo de que la 'mora purga la mora' ".

La Sala considera:

Dados los términos exactos de la sentencia contra la cual se dirige el recurso, y en cuya impugnación se funda la demanda de invalidez de que ahora conoce la Sala, el problema se reduce, en concreto, a establecer, si en el caso de haberse propuesto y estar en curso la acción de cumplimiento *parcial* de las obligaciones contraídas por el deudor, o de que, ejercitada dicha acción por la totalidad de tales obligaciones, sólo haya prosperado y se halle en vigencia respecto de una parte de ellas, puede aún el acreedor proponer válidamente la acción resolu-

toria que alternativamente consagra el artículo 1546 del C. C., cuando dice: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios".

Desde luego y dada la naturaleza misma de la idea que el término expresa, la facultad de escoger en que se traduce la alternabilidad de las acciones, no implica ni determina la extinción de la no elegida, sino una simple suspensión en el derecho de proponerla hasta cuando la otra haya cumplido con los fines naturales a que se dirige; pues que siendo la acción un simple medio de asegurar la eficacia de los derechos, es apenas natural reconocer el que asiste al acreedor insoluto de acogerse a una vía que la ley le reconoce, y que no puede entenderse renunciada por la sola elección de otra, que no logró satisfacer los fines jurídicos a que estaba encaminada. No pueden darse por consiguiente acciones alternas simultáneas, pero sí sucesivas.

"Por lo demás, dice el eminente tratadista Giorgi, al referirse a esta materia, el derecho de pedir la resolución del contrato es una facultad, no una obligación. Aquel hacia el cual no se ha ejecutado el contrato tiene la facultad de pedir la ejecución, *in obligatione*, o la resolución *in faculate petitionis*. Priva la preferencia concedida a uno del derecho de recurrir después a otro medio? Aunque el derecho romano decidiese en materia de pacto comisorio explícito que *electa una via non datur recursus ad alteram*, hoy día van casi de acuerdo unánime la doctrina y la jurisprudencia en admitir la opinión contraria, tanto en el sentido de que puede intentarse la acción resolutoria después de haber pedido el cumplimiento del contrato, como en el de que puede pedirse el cumplimiento después de haber demandado la resolución. En efecto: ninguna disposición legal prohibe sustentar las dos acciones sucesivamente, y si recurrimos a los principios generales del derecho sobre el concurso de las acciones, veremos que el experimento de una acción consume la otra cuando ambas dimanan de la misma causa y tienden al mismo objeto. Ahora bien: el objeto de la acción de resolución y de aquella para cumplimiento es diverso, de modo que no repugna el dar entrada a la segunda cuando ha sido inútil el ejercicio de la primera.

"No valdría decir que quien demanda el precio renuncia a la resolución y quien demanda ésta renuncia a aquél, después que la una y la otra, de quererse consultar la intención verosímil de las partes, están racionalmente sujetas al éxito feliz de la demanda intentada. Sólo, pues, en la hipótesis en que el demandado se haya adherido a la demanda intentada y se haya pronunciado sentencia pasada en juicio, que la haya acogido, podrá aplicarse el aforismo *electa una via non datur recursus ad alteram.*

"Por último, a quien quisiese invocar el derecho romano habría que advertirle que la *lex commissoria*, al obrar con pleno derecho, hacía la cosa *inempta* porque disolvía *ipso jure* el contrato apenas se verificaba la mora del comprador al pago del precio. Asentado esto, cuando el vendedor, no obstante la mora en que había incurrido el comprador incumpliente intentaba la acción del contrato para el pago del precio, renunciaba implícitamente al punto comisorio (sic). Ahora bien; todo eso no se verifica en la condición resolutoria moderna, la cual, en vez de obrar, *ipso jure*, adquiere toda su eficacia por la declaración del Juez, y la renuncia a la demanda de resolución, no puede hoy razonarse más que por los que estén en perfecta contradicción con la voluntad de resolver el contrato. Como ocurriría si la parte que hubiera podido resolverlo porque la cosa pactada no era ejecutada a tiempo, tolerase que el contratante moroso lo ejecutase después o recibiese el pago tardíamente". (Tratado de las Obligaciones, Tomo IV, págs. 222 y ss.).

Dentro de estos conceptos y pendiente, como se hallaba para la fecha de la demanda con que se inició este juicio, la acción de cumplimiento o ejecución del contrato propuesta por Duque contra Vargas, no habría sido procedente la resolutoria de que aquí se trata, si en el hecho no se hubiera presentado una modalidad distinta, como fue la de haber sobrevenido, con posterioridad a la primera, un nuevo incumplimiento. El demandado en efecto, se obligó, según se dijo, a satisfacer su deuda mediante tres contados sucesivos, de a $ 500.00 los dos primeros y $ 200.00 el último; vencido el plazo para la cancelación de aquéllos, el acreedor optó por demandar el pago de los tres, con el resultado natural de que el recaudo ejecutivo sólo prosperara respecto de aquéllos, que eran los exigibles, y se negara para el último; no había podido, por tanto, ejercitar el acreedor en esas circunstancias, la acción resolutoria, dado el concepto de simultaneidad en que se hallaban una y otra. Pero como posteriormente sobrevino el vencimiento acordado para el pago de la última cuota, y ésta no se realizó, el acreedor hubo de recobrar, a virtud de ese nuevo hecho, la facultad de elegir que para entonces se hallaba enervada por la acción de cumplimiento, y

promover válidamente la de resolución. Y esto porque con el nuevo incumplimiento, la situación jurídica en que de hecho quedaron colocadas las partes dentro de los dos procesos, viene a hacerse de tal modo distinta, que aún luego de realizarse el pago perseguido por la primera, sigue incumplido el contrato por parte del demandado; y es precisamente ese incumplimiento lo que dá al acreedor el derecho alternativo de escoger entre el pago y la resolución del contrato.

Ni vale argüir contra esta conclusión, el hecho en que se concreta el segundo de los cargos propuestos, de no haber cumplido el actor, a su vez, con la obligación que recíprocamente contrajo de transmitirle al demandado el dominio de las mejoras materia del contrato, como lo previene el artículo 1546 del C. C. Pues que de acuerdo con el pacto de 21 de septiembre de 1943 aclaratorio del primero, "Verificado el pago, este contrato se elevará a escritura pública", lo que claramente está diciendo, que no obstante la correlatividad de obligaciones acordadas en el pacto, su ejecución tampoco podía ser simultánea, sino sucesiva; por lo cual y debiendo preceder la del pago a la de transmisión del dominio, el deudor de esta última no podía quedar en mora de satisfacerla, mientras la contraprestación del precio no se hubiera cumplido.

En consecuencia, los cargos propuestos contra el fallo del Tribunal son infundados y deben, por lo mismo, rechazarse.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este negocio.

Las costas son de cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo— Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

OBJECIONES A LA PARTICION DE UN BIEN COMUN

1.—Dentro del juicio de sucesión o de división de bienes comunes, la Corte no tiene más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes partibles, que la articulación de las objeciones propuestas ante el Juez, y la facultad oficiosa judicial para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, sólo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero en manera alguna cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar unánime y legítimamente lo que quieran, a un lado de las reglas legales sobre partición de la herencia.

2.—El incidente de objeciones no tiene cabida sino una sola vez en juicio, cuando el partidor presenta por la primera vez su trabajo. (V. casación de 26 de julio de 1939, G. J. número 1949, pág. 423).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

ANTECEDENTES

I—Por libelo de demanda presentado ante el Juez promiscuo de la población de Apia, la señora Teresa Hincapié viuda de García demandó a su condueño, el señor Juan Pablo Díaz, para que por los trámites señalados en el artículo 1134 y siguientes del C. J., se decrete la división material del inmueble conocido con el nombre de "La Oculta", de la misma jurisdicción.

II.—Díaz contestó oponiéndose y propuso algunas excepciones; cumplida la tramitación del caso, se pronunció sentencia, la que apelada, confirmó el superior. Allí se ordenó, luego de desechar las excepciones, la división material del inmueble, la que debía efectuarse por partes iguales, con relación al valor de la finca, que se fijaría por peritos nombrados en la forma legal.

Se dispuso la contribución de los interesados en el pleito a las expensas del juicio, debiéndose señalar en la partición un lote para el pago de gastos, en caso contrario.

III.—Nombrado partidor el señor Jorge Preciado, formó del bien por dividir tres lotes, uno para cada copartícipe y el tercero para cubrir los gastos del juicio, y como éstos fueron sufragados por la señora Hincapié, a ella se le hizo adjudicación.

IV.—Corrido el traslado respectivo del trabajo de partición efectuada, la objetó únicamente la señora Hincapié, porque en su sentir, existía gran desproporción entre el valor de lo adjudicado a Díaz y lo que se le señaló a ella en pago de sus derechos, alegando, pues, error grave en la distribución. Tramitadas las objeciones, fueron decididas, en parte favorablemente a la proponente, ordenándose en consecuencia, rehacer la partición. Tal providencia fue apelada y confirmada por el superior.

V.—Vueltos los autos al Juzgado de origen, el expediente pasó de nuevo al partidor, en cumplimiento de lo sentenciado. Presentada la partición por segunda vez, el Juez de instancia encontró que no estaba ajustada a lo sentenciado, por lo cual la improbó y apelada su providencia, la confirmó el superior.

VI.—Ya el expediente de retorno ante el Juez de la causa, por renuncia del partidor que venía actuando, se nombró al doctor Miguel Angel Marín, quien con fecha 21 de enero de 1949, presentó la nueva y tercera distribución de bienes, en obedecimiento a las providencias ejecutoriadas, contra la cual, el copartícipe Díaz presentó objeciones fundadas en que se le había adjudicado a su contraparte el lote destinado para cubrir los gastos, debiendo haberse adjudicado al mejor postor, también porque esos mismos gastos no fueron hechos exclusivamente por la señora Hincapié y, por último, alega que las mejoras son de Díaz y no de la comunidad, relación hecha por la primera vez en el proceso, ya que, al contestar la demanda, sólo hizo presente que había mejoras de la señora Mejía.

VII.—El Juez del conocimiento, si bien no sustanció como objeciones las propuestas, ya que en el estado en que el juicio se encontraba no cabía otra cosa que aprobar la partición, si se había ceñido a los mandatos del Tribunal, o improbarla en caso contrario, al tenor del artículo 965 del C. J., la re-

chazó por este último motivo, providencia que ejecutoriada, dio lugar a que el expediente pasara por cuarta vez al partidor para reajustar la presentada. Hecho el trabajo, lo aprobó el Juez, por considerar que estaba concebido en los términos decretados, providencia que recurrida, confirmó el Tribunal, aprobando la partición.

VIII.—Considera el Tribunal, que el memorial de objeciones propuestas por Díaz al tercer trabajo de partición, no es admisible, por extemporáneo, y que al destinar un lote para gastos, no se hizo sino reproducir el primitivo trabajo, que no fue objetado por Díaz, lo mismo que lo concerniente a la adjudicación de mejoras que alega le pertenecen.

De la sentencia del Tribunal, ocurrió en casación el copartícipe demandado, señor Díaz, recurso que concedido, se pasa a decidir.

LOS CARGOS PROPUESTOS

Contra la sentencia en estudio, se han presentado los cargos que se sintetizan así:

La partición debe rehacerse por cuanto se adjudicó a uno solo de los coasignatarios el globo de terreno separado por el partidor para los gastos del juicio, que no hizo exclusivamente la demandante, lote muy valioso por estar plantado de café, que ha debido rematarse al mejor postor, para satisfacer las espensas del litigio, y distribuir entre los copartícipes el remanente.

Agrega que, en los juicios de división material, se puede adjudicar a uno de los condueños el bien destinado para cubrir los gastos, siempre que los interesados, siendo mayores de edad, convengan en ello. Que el señor Díaz no ha consentido.

Que cuando hay menores en un proceso de liquidación de una comunidad, el lote destinado para la cartilla de deudas, debe liquidarse vendiéndolo en subasta pública, y cuando se trata de mayores, puede adjudicarse a uno de ellos, siempre y cuando todos los acepten.

Que no se trata de un medio nuevo en casación, pues tales hechos fueron materia de las objeciones presentadas al trabajo de partición.

Señala como violados, los artículos 1393 y 1434 del C. C., en relación con el inciso último del artículo 967 del C. J.

Para resolver, se considera:

Desde la iniciación del juicio, en el libelo de demanda, la actora en el pleito pidió al Juez que para los gastos de la partición, se separara una zona de la finca destinada a cubrirlos. El demandado señor Díaz se limitó, al contestar la demanda, a oponerse a la liquidación de la comunidad, por desconocer el derecho de la señora Hincapié de García. No hizo presente que existieran mejoras de su exclusiva propiedad, ni ordenada la partición, las reclamó. Ni se allanó al pago de los gastos que pudieran corresponderle.

En tales condiciones y con estos antecedentes, una vez decretada la división material, se produjo ésta, no indicándose nada con respecto a mejoras, señalándose una porción de terreno para los gastos, la cual se adjudicó a la demandante señora de García, de quien se afirma cubrió las expensas hasta entonces realizadas y se le obliga a satisfacer las restantes, hasta la terminación del juicio.

Habiéndose ordenado por el Juez, poner en conocimiento de los interesados, el trabajo de partición o liquidación de la comunidad, se opuso a ella y presentó, en consecuencia objeciones, la demandante señora Hincapié de García, por considerar que lo que le había sido adjudicado en pago de su derecho como comunera y para cubrirle los gastos realizados en el juicio, no guardaba proporción con lo señalado al otro condueño. Este, por su parte, dejó transcurrir el término del traslado para objetar la partición, sin hacer el menor reparo a ella, no obstante que nada se indicó o aclaró en tal acto, sobre mejoras, y donde se hizo aparecer que la señora de García había cubierto las expensas del litigio, habiéndosele por tal motivo adjudicado la parte del predio separado para gastos, lo cual, tanto quiere decir, como que el demandado don Juan Pablo aceptó la partición realizada del bien común, pues tácitamente consintió en ella.

Las objeciones propuestas por la señora de García fueron admitidas, y ordenada una nueva partición y realizada ésta en los términos indicados por el juzgador, fue cuando el señor Díaz quiso hacer uso del derecho de objetarla, aduciendo contra ella los reparos que de nuevo presenta ante la Corte.

Dentro del juicio de sucesión o de división de bienes comunes, la Corte no tiene más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes partibles, que la articulación de las objeciones oportunamente propuestas ante el Juez, y la facultad oficiosa judicial para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, sólo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero en manera alguna cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar unánime y legítimamente lo que quieran, a un lado de las reglas legales sobre partición de la herencia.

En el presente caso, al no oponerse el señor Díaz

al trabajo de partición en que se adjudicó el lote señalado para saldar los gastos comunes, convino en ello, y no es posible revisar tal acto en casación.

Por lo demás, el incidente de objeciones no tiene cabida sino una sola vez en juicio, cuando el partidor presenta por la primera vez su trabajo. (G. J. número 1949, pág. 423. Sentencia del 26 de julio de 1939, y Tomo XLVIII, pág. 421).

Hay que entender que el demandado, al no agotar durante las instancias del litigio todos los medios ordinarios de defensa que la ley le brinda, hizo abandonar o desistió tácitamente de oponerse, por lo cual, las cuestiones propuestas a la segunda partición, quedaron fuéra del debate y no pueden, en consecuencia, ser reproducidas eficazmente en casación. Véase G. J. número 2048-2049. Tomo 62, pág. 354).

Por lo expuesto, se declaran sin fundamento los cargos aducidos.

SENTENCIA

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, de fecha seis de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo.

Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.

El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

CUANDO UNA PERSONA PRETENDA DEMOSTRAR SU DERECHO DE INVENTOR ANTE CUALQUIERA AUTORIDAD, DEBE ACOMPAÑAR COPIA DE LA PATENTE, CON LA NOTA DE HABERSE HECHO EL REGISTRO, TANTO EN EL LIBRO DEL MINISTERIO DEL RAMO, COMO EN EL LIBRO DE LA OFICINA DE REGISTRO DE BOGOTA

Para hacer efectivos los derechos que las leyes otorgan al favorecido con el privilegio que entraña una patente de invención, para obtener la garantía de su explotación, se requiere ante todo la presentación del título que acredite la propiedad, el cual ha de llenar las exigencias señaladas por las leyes en la materia.

Según el artículo 20 de la Ley 31 de 1925, en el Ministerio del ramo se llevará un Libro de registro o anotación de patentes de invención, en el cual se transcribirán todas las que se expidan y las renovaciones o traslados que de ellas se hagan.

Es regla general de nuestro derecho probatorio que el instrumento o título que debiendo ser registrado, no lo haya sido, no presta mérito ante ninguna autoridad (artículo 2652, inciso 9º y artículo 2673 del C. C.). Que para ser estimado como prueba, se presenta en copia con la nota correspondiente de registro de la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

En consecuencia, cuando una persona pretenda demostrar su derecho de inventor ante cualquiera autoridad, debe acompañar copia de la patente, con la nota de haberse hecho el registro, tanto en el Libro del Ministerio del ramo (artículos 20, 22, 23 y 28 de la Ley 31 de 1925), como en el Libro de la Oficina de Registro de Bogotá, lugar donde se dicta la providencia que concede la respectiva patente de invención.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto veintinueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

ANTECEDENTES

El Sr. Alfonso Vallejo G., mayor de edad y vecino de la ciudad de Cali, obtuvo en el Ministerio de Agricultura y Comercio la patente de invención número 1914 de 13 de diciembre de 1923, para explotar en el territorio de la República, por el término de quince años, a contar del veinte de diciembre de tal año, un invento consistente en una máquina de escoger café, denominada "Mesa Escogedora de Café Alvallejo".

El referido señor permutó su derecho a la patente e hizo cesión de ciertas facultades por determinado número de acciones, con la sociedad denominada "Mesas Garcese para escoger, S. A.". En el respectivo instrumento por el cual se legalizó la negociación, se declaró que por razón de la permuta y como consecuencia de la cesión o traspaso con carácter retroactivo de "dichos derechos, privilegios y acciones, entró en el patrimonio de 'Mesas Garceses para escoger, S. A.' el derecho de cobrar perjuicios judicial o extrajudicialmente a cualquier tercero que hubiere usurpado o violado los derechos que la ley concedía a Vallejo G., como inventor y dueño de la patente número 1914, mientras Vallejo fue su propietario.

Apoyado en este título y en la cesión de derechos indicada, la sociedad de "Mesas Garcese para escoger, S. A." demandó ante el Juez del Circuito de Manizales a la sociedad extranjera con domicilio allí mismo, que gira bajo la razón social de "American Coffee Corporation", como responsable civilmente de los perjuicios que se le han causado, por el hecho de haber usado los demandados, de manera ilegal, en varias empresas de café que les pertenecen o administran, "copias dolosas o fraudulentas de la Mesa escogedora de café Alvallejo registrada el 13 de diciembre de 1923". Perjuicios que valen, en su concepto, miles de pesos, según cálculos que detalladamente señala. En subsidio, demanda el pago de los que se fijen en juicio por peritos, y finalmente y también de una manera subsidiaria, pide que se condene a la compañía a cubrir los que se señalen en juicio sumario, una vez en firme la solicitud de condena, y por las costas procesales.

En derecho funda su acción en los artículos 2341

a 2360 del C. C., en la ley 31 de 1925, especialmente los artículos 1, 3, 24, 25 y en los Decretos reglamentarios de tal ley, y finalmente, en los artículos 737 y 55 del C. J.

La sociedad demandada contestó oportunamente a la demanda, declarando que no escogía su café en "aparatos fraudulentos", y que carece de razón el cargo que se le hace de haber usurpado una patente.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento falló con fecha quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, declarando infundada la demanda, por no haber demostrado su derecho la sociedad promotora, por lo cual absuelve a los demandados.

La sentencia recurrida

Por apelación interpuesta por los actores en el pleito, los autos fueron enviados al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, donde con fecha veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, se decidió la segunda instancia, confirmando la absolución, no por "no haber demostrado el derecho la parte demandante", como lo dice la sentencia apelada, "sino por carecer de tal derecho", según lo anota el Tribunal.

Encuentra el sentenciador, que por parte del señor Vallejo, al obtener la patente de invención número 1914, se cumplieron los requisitos señalados en los artículos 20 y 21 de la ley 31 de 1925, como son su publicación en el Diario Oficial y su inscripción en el Libro de Patentes del Ministerio, pero dejó de llenarse la formalidad de su inscripción en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados, ordenada por el inciso 9º del artículo 2652 del Código Civil.

Sostiene que las patentes de invención, o sea el título con que el Estado garantiza a sus autores el derecho de aprovecharse exclusivamente de su invención, o de su descubrimiento, por el tiempo y bajo señaladas condiciones, constituye un privilegio a favor de quienes se otorga, y según el numeral 9º del artículo 2652 citado, están sujetos a registro o inscripción en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, entre otros títulos y actos, "los títulos de privilegio". Que según el artículo 2673, ninguno de los documentos sujetos a inscripción o registro, hace fe en juicio, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas; que los instrumentos sujetos a registro, no surten efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la anotación o registro, y por último, porque en armonía con el artículo 2655 del C. C., las patentes, o títulos de privilegio, deben inscribirse, según lo dispuesto allí, en la Oficina de Registro de la ciudad de Bogotá.

Concluye el Tribunal declarando que, como la patente de privilegio en la cual los demandantes fundan su derecho, no se inscribió en la Oficina de Registro correspondiente, tal instrumento no puede hacer fe en juicio, ni producir efectos contra terceros, como son los demandados, quienes no intervinieron en la expedición de la patente, ni en los traspasos hechos por el concesionario a los demandados.

Dice que el señor Vallejo pudo, durante la época en que fue titular de la patente, demandar el amparo legal por el uso indebido de terceros, pero que, cedido su privilegio en 1936, los adquirentes no podían demandar los perjuicios por el tiempo pasado, por no ser dueños en tal época, ni tampoco Vallejo, por carecer de derecho, por la cesión o traspaso efectuado.

En desacuerdo con la providencia de segundo grado, recurrió en casación la sociedad demandante. En su oportunidad se fundó el recurso, el cual pasa a decidirse.

Los cargos propuestos

Se acusa la providencia en estudio con fundamento en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., como violatoria de ley sustantiva que tal fallo es, por los varios extremos que en seguida se indican:

Cargo a) — Dice el recurrente, que el Tribunal sostiene que la patente de invención de que se trata, no hace fe en juicio, por no haber sido registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de la ciudad de Bogotá, y que por no haberse llenado esta formalidad, la patente no hace fe en el litigio, ni surte efectos contra el demandado, quien no intervino en forma alguna en su expedición, ni en el traspaso realizado a los actores en el pleito.

Manifiesta que, según el artículo 671 del C. C., las producciones del talento, del ingenio, son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regula por leyes especiales.

Que la propiedad industrial lo es por la ley 31 de 1925, que establece un registro o anotación de patentes de invención, que ha de llevarse en la sección correspondiente del Ministerio del ramo y donde se inscribirán, además, las mutaciones de tal propiedad, tales como cesiones, traspasos, renova-

ciones, prórrogas, las cuales no producen efectos contra terceros mientras no se realice la anotación correspondiente (artículos 20, 29, ley 31). Que, por consiguiente, las inscripciones o registros de la propiedad industrial, no se rigen por los preceptos del Código Civil, sino por la ley de la materia. Que en el inciso 9º del artículo 2652 del C. C., citado por el sentenciador, "no están comprendidas las patentes de invención". Que la disposición relativa a un asunto especial prefiere, al tenor del artículo 5º de la ley 57 de 1887, a la que tenga carácter general y que, además, siendo la ley comentada posterior al Código Civil, prevalece sobre la anterior.

Por otra parte, que la finalidad del registro la cumple de manera más adecuada el correspondiente libro que lleva el Ministerio, que el que se requiere en la Oficina de Instrumentos Públicos.

Que el Tribunal Superior de Cundinamarca, en fallo de diez y siete de junio de mil novecientos cuarenta y siete, al estudiar algún asunto referente a la inscripción de patentes, consideró que era suficiente el efectuado en el Ministerio del ramo y que, a su juicio, el inciso 9º del artículo 2652 del C. C., se encuentra abrogado.

Señala como violados, los artículos 2652, 2655, 2674 del C. C., por aplicación indebida; artículos 1º, 19, 20 y 29 de la ley 31 de 1925, por no haberlos aplicado, siendo aplicables; artículos 24, 25, ley 31 de 1925, por la misma causa.

Cargo b)—Anota que, en opinión del Tribunal, el primitivo propietario de la patente de invención, era quien tenía derecho, mientras no la traspasó, para reclamar contra los posibles usurpadores de la misma. Que tal derecho no podía ejercitarlo Vallejo después de la cesión a Mesas Garcese, ni tampoco ésta. El primero, por haber dejado de ser dueño, y la segunda, por no haberlo sido en la época de tales usurpaciones.

Considera que, siendo cedibles los derechos que implica una patente, los que corresponden al titular pasan al cesionario, en forma tal, que se tiene a éste, para efectos judiciales como al mismo cedente. Que todos los derechos y acciones que existían en el patrimonio del cedente, pasan al cesionario; de ahí que éste pueda ejercer todas las que correspondían a aquél, entre ellas, la de exigir el resarcimiento de perjuicios de quienes incurrieron en usurpación de los derechos conferidos con la patente.

Se señalan como violados, los artículos 16, 20, 21 y 29 de la ley 31 citada, por falta de aplicación; los artículos 24 y 25 de la misma y 2341 del C. C., por igual causa.

Que el Tribunal, al hablar del documento del seis de marzo de mil novecientos treinta y ocho, expresa que "si la cesión del derecho a cobrar perjuicios judiciales y extrajudicialmente hacía relación a los que aquí se cobran a la sociedad demandada, tal cesión no podía producir ningún efecto contra dicha sociedad en armonía con lo dispuesto en el artículo 1960 del C. C." Que traspasada la patente, el cesionario adquiere el derecho de reclamar los perjuicios, por violación de la misma. Que, por consiguiente, el documento que echa de menos el sentenciador, no era necesario para el efecto de que el cesionario pudiera promover acción de indemnización de perjuicios. Que, aún suponiendo aplicable el artículo 1960 del C. C., la cesión produjo efecto respecto de la sociedad demandada, con la notificación de la demanda, conforme al artículo 1962 del mismo.

Señala como violados, los artículos 1960, por indebida aplicación; 1962 del C. C.; 29 de la ley 31 de 1925; 24 y 25 de la misma, y artículo 2341 del C. C., todos por falta de aplicación.

Cargo c)—Se cita en este reparo un aparte de la sentencia recurrida, donde se dice: "Además, no se explica el Tribunal cómo podía declararse que entraba o había entrado en el patrimonio de "Mesas Garcese para escoger, S. A." el derecho a cobrar unos perjuicios que no se sabía si existían realmente, que no estaban aún definidos, cuyo monto no se conocía, y que ni siquiera podían considerarse como "derechos litigiosos", ya que el litigio no existía, pues éste, no se había iniciado siquiera".

Observa que la acción de indemnización, como acción patrimonial, puede cederse. Señala como violados, los artículos 24, 25, ley 31 de 1925 y 2341 del C. C.

Cargo d)—Expresa el acusador, al determinar este nuevo reparo, que el Tribunal para considerar invalidada la cesión del derecho a cobrar perjuicios o su existencia tan sólo desde que se presentó la demanda, tuvo en cuenta que para la fecha de la iniciación del pleito, la patente había caducado y negada por el Ministerio la prórroga, basándose "en el dictamen de expertos, pues consideró que no se trataba de un invento nuevo, sino viejo y ya conocido tanto en el exterior como en el país".

Para el recurrente, nada significa el hecho de que la demanda hubiera sido promovida con posterioridad a la fecha en que expiró el término de la patente, si durante el tiempo en que estuvo vigente se causaron perjuicios al propietario, que deben cubrirse. Observa que la demanda se refiere a perjuicios ocasionados durante la vigencia del privilegio. Se señalan como violados, los artículos 1, 2, 3,

24, 25 de la ley 31 de 1925, y 2341 del C. C., por haberse dejado de aplicar.

Se considera:

La propiedad industrial, por sus características, por el papel preponderante que desempeña en la vida económica de los pueblos, exige una reglamentación que escapa a los principios del Código Civil, que regula otros tipos de dominio. En la legislación colombiana, tal propiedad está reglamentada por las leyes 31 de 1925 y 94 de 1931.

El artículo 30 de la Constitución Nacional consagró la garantía de la propiedad privada y de los demás derechos adquiridos con justo título, pero en la frecuente pugnacidad de intereses, el privado debe ceder al público o social. Además, aquel precepto establece categóricamente que: La propiedad es una función social que implica obligaciones.

El artículo 1º de la ley 31 citada, dispone que los nuevos descubrimientos, invenciones, mejoras o perfeccionamientos en todos los ramos de la industria, confieren a sus autores el derecho exclusivo de explotarlos, por el tiempo indicado en tal ley, y en las condiciones que en ella se expresan.

El derecho al uso de la patente se justifica con títulos expedidos por el gobierno nacional y legalizados en la forma establecida en las leyes, bajo el nombre de patentes de invención.

La invención es la que crea el derecho; la patente le asegura protección legal, cuyo punto de partida fija; ninguna otra formalidad puede suplirla. Se requiere, eso sí, una condición esencial: la novedad en el invento.

En el presente negocio, aparece que el señor Alfonso Vallejo G. obtuvo del Ministerio de Agricultura y Comercio, la patente de invencinón número 1914 de 3 de diciembre de 1923, para explotar por el término de quince años su invento, consistente en una mesa especial para escoger café, que denominó "Mesa Escogedora de Café Alvallejo", patente que luego cedió a la sociedad "Mesas Garcese". *Al vencerse el plazo, los propietarios de la patente solicitaron prórroga, la cual fue negada, basándose tal negativa en el dictamen de expertos que "consideraron que no se trataba de un nuevo invento, sino viejo, y ya conocido tanto en el exterior como en el país"*.

Los inventos en el ramo de una industria, confieren a su autor el derecho exclusivo de explotarlos en todo el territorio de la República, por el tiempo y las condiciones expresadas en el título o patente de privilegio expedido por el Estado, con las formalidades legales (artículo 1º y siguientes de la ley 31 de 1925; artículos 670 del C. C. y 2652, inciso 9º, de la misma obra).

Los actos ilícitos que causen perjuicio a otro, dan acción civil al perjudicado contra el responsable de esos actos, para la completa indemnización de perjuicios, sin consideración a la intención del actor (artículos 1494 y 2341 del C. C.).

La patente de invención acredita que el agraciado, con el privilegio respectivo, se encuentra en posesión de su derecho (artículo 19, ley 31).

Para hacer efectivos los derechos que las leyes otorgan al favorecido con el privilegio que entraña una patente de invención, para obtener la garantía de su explotación, se requiere ante todo la presentación del título que acredite la propiedad, el cual ha de llenar las exigencias señaladas por las leyes en la materia.

Según el artículo 20 de la ley 31, en el Ministerio del ramo se llevará un libro de registro o anotación de patentes de invención, en el cual se transcribirán todas las que se expidan y las renovaciones o traslados que de ellas se hagan.

Es regla general de nuestro derecho probatorio, que el instrumento o título que debiendo ser registrado, no lo haya sido, no presta mérito ante ninguna autoridad (artículo 2652, inciso 9º, y artículo 2673 del C. C.). Que para ser estimado como prueba, se presenta en copia con la correspondiente nota de registro de la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

En consecuencia, cuando una persona pretende demostrar su derecho de inventor ante cualquiera autoridad, debe acompañar copia de la patente, con la nota de haberse hecho el registro, tanto en el Libro del Ministerio del ramo (artículos 20, 22, 23 y 28 de la ley 31 de 1925), como en el Libro de la Oficina de Registro de Bogotá, lugar donde se dicta la providencia que concede la respectiva patente de invención.

En el Capítulo IV, Título 43, que trata de los "Títulos, actos y documentos sujetos al registro", se lee el artículo 2652, que enumera éstos, a saber:

"Artículo 2652 C. C.—Están sujetos al registro o inscripción los títulos, actos y documentos siguientes:

".....

"9º Los títulos de privilegio".

El artículo 2655 del mismo Código establece que los títulos, actos y documentos de inscripción obligatoria que no estén comprendidos en los dos anteriores artículos, se registrarán en la Oficina del Circuito en que se hayan otorgado o ejecutado; en el presente caso en Bogotá.

Uno de los objetivos del registro, es dar mayor publicidad a los actos que se inscriban, a la vez que mayor seguridad y garantías a los títulos, actos y

documentos que lo requieran (artículo 2673). Su omisión los hace ineficaces para producir efectos legales respecto de terceros, al tenor del artículo 2674 del Código, y para ser admitidos en juicio (artículo 2673 citado).

Ni la patente expedida a favor del señor Vallejo, ni la trasmisión o cesión de su derecho a la compañía demandante, se inscribieron, como era lo legal, en la Oficina de Registro; luego tales documentos no hacen fe contra los demandados, ni pudieron ser admitidos como prueba de los hechos que con ellos se intentó demostrar, lo que justifica la sentencia del Tribunal que se estudia, que negó la acción incoada, por carencia de derecho, que llevó al juzgador a absolver a los demandados.

Y no se diga, como lo expresa el recurrente, que el registro debe hacerse simplemente en el Ministerio del ramo, al tenor del artículo 29 de la ley 31 de 1925, disposición posterior a la norma del artículo 2652 del Código. Que la ley 31 es especial; que con ella y la 94 de 1931 se ha reglamentado íntegramente la materia, porque la derogación de una ley podrá ser expresa o tácita; es de la primera especie, cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior, y de la segunda, cuando contiene disposiciones incompatibles con los mandatos de la antigua.

La ley 31 no derogó expresamente el precepto que ordena la inscripción de las patentes en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, ni tal estatuto legal contiene disposiciones incompatibles con las del Código Civil.

No se justifica el reparo de que sería una redundancia los dos registros, el ordenado por el artículo 29 de la ley 31 en estudio y el dispuesto en el Código Civil, porque numerosos son los casos en que un mismo acto sufre esa doble inscripción, como los títulos de minas, los contratos de sociedades mercantiles, que deben otorgarse por escritura pública, registrarse en la Oficina de Registro e inscribirse en la Secretaría de la Cámara de Comercio. ¿Y qué otra cosa acontece con los actos y contratos sobre mutación de propiedad raíz que se pasan ante Notario y luego es necesario inscribirlos?

La derogación tácita se funda en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, debe entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera. Mas, como no debe llevarse esta presunción más allá de su razón y objeto —la derogación tácita—, como lo advierte el artículo 72 del C. C., "deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las nuevas disposiciones".

Se tiene como insubsistente una disposición legal, como ya se dijo, por declaración expresa del legislador, por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores y, además, por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería, dice el artículo 3º de la ley 153 de 1887.

Este último caso lo denominan los tratadistas como "derogación orgánica", o sea la que se produce cuando una ley disciplina *toda* la materia regulada por una o varias leyes precedentes, aunque no haya incompatibilidad entre los mandatos de ésta y los de la nueva ley.

Si el legislador ha reordenado toda la materia, es forzoso suponer que ha partido de otros principios directivos, los cuales, en sus variadas y posibles aplicaciones, podrían llevar a consecuencias diversas y aún opuestas a las que se pretenden, si se introdujera un precepto de la ley antigua, aun cuando no fuera incompatible con las normas de la nueva ley. El determinar si una materia está o no enteramente regulada por la nueva ley depende, no del mayor o menor número de disposiciones que contiene la ley nueva en relación con la antigua, sino de la intención revelada por el legislador, de abarcar con las nuevas disposiciones toda una materia, aún en el supuesto, muy improbable, de una disposición única. (Ricci, Derecho Civil. Tomo I, pág. 34).

Siguiendo este criterio, no se ve que el legislador del año 25, al dictar la ley 31 de aquel año, "sobre protección a la propiedad industrial", pretendiera llegar hasta derogar las medidas de seguridad y publicidad con que se reviste a ciertos títulos, actos y documentos. La ley comprende la reglamentación administrativa, ya de la expedición del título, como de las condiciones para obtenerlo y de los medios para hacer efectivos los derechos que los títulos y patentes al respecto entrañan; pero, cosa muy distinta es lo relativo a la legalización por el registro de tales instrumentos y las medidas consignadas sobre la materia en el Código Civil. Otro aspecto muy diverso sería si se expidiera una nueva ley sobre "Registro de Instrumentos Públicos" y nada se advirtiera con respecto a patentes de invención.

No porque la ley 31 de 1925 haya reglamentado la materia de la propiedad industrial, se podría dejar de registrar una sentencia que declare a quién pertenece determinado privilegio de invención.

La ley 31 de 1925 es *especial* en lo que se refiere a la propiedad industrial que ella regula; pero no en cuanto hace relación a cuestiones distintas, como la relativa a los títulos, actos y documentos suje-

tos a registro y a la manera de efectuar su inscripción, porque esto es materia pertinente del Código Civil.

Las disposiciones de la nueva ley se armonizan sin esfuerzo con las antiguas del C. Civil y unas y otras se complementan mutuamente, al procurar que los títulos de privilegios de invención se anoten, primero, en el Libro de Patentes del Ministerio encargado de expedirlos, y luego se inserten en los libros de la Oficina de Instrumentos Públicos del Circuito, en donde se registran los documentos de toda clase de propiedad, para llenar así, en forma más segura y adecuada y completa, las finalidades de utilidad y conveniencia públicas que tiene la institución del registro, y que, al decir del artículo 2637 del C. Civil, no es únicamente la de servir de medio de tradición de los inmuebles y de otros derechos reales constituídos sobre ellos, sino también la *de dar publicidad* a los actos y contratos que trasladan el dominio de los mismos bienes o les imponen gravámenes o limitaciones "poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad".

De suerte que según esto, no cabe duda de que el propósito genuino de utilidad y de conveniencia públicas que tuvo el legislador al establecer en el artículo 20 de la ley 31 de 1925, la obligación para el Ministerio de llevar un libro para anotar las patentes de invención expedidas, no fue ni pudo ser otro, que el previsto en el ordinal 3º del artículo 2637 del C. Civil; es decir, el de dar a esos títulos "mayores garantías de autenticidad y seguridad, haciendo intervenir en su guarda y confección mayor número de funcionarios, y precaviéndolos de los peligros a que quedarían expuestos si la constancia de tales títulos existiera en sólo una oficina".

De donde se concluye lógicamente que, antes de aparecer en pugna la disposición del artículo 20 de la ley 31, con las civiles sobre registro de los mismos títulos de privilegio, se armonizan y complementan en beneficio de los titulares del invento y en provecho general de la comunidad, que está vivamente interesada, por más de un aspecto fácilmente comprensible, en el otorgamiento, autenticidad, conservación, etc., de esta clase de títulos de privilegio.

Sostiene el recurrente que "en la expresión 'títulos de privilegio' empleada en el artículo 2652, ordinal 9º del C. C., no están comprendidas las patentes de invención". Sobre el particular, basta observar que las patentes de invención han sido denominadas como "privilegios" desde la reforma constitucional de 1910, y así las designa la actual Constitución en el inciso 3º del artículo 31, cuando dice: "Sólo podrán concederse *privilegios* que se refieran a inventos útiles y a vías de comunicación"; y en el ordinal 18 del artículo 120 de la misma Carta, cuando señala atribuciones al señor Presidente de la República para: "Conceder patente de privilegio temporal a los autores de invenciones o perfeccionamientos útiles...". La Corte Suprema así también lo ha considerado, como puede verse en los fallos publicados en las Gacetas Judiciales número 1934 y 2001.

Comentando el expositor de Derecho Constitucional, doctor Francisco de Paula Pérez, este precepto, dice: "En el artículo 27 de la Constitución (hoy artículo 31 C. N.) se restringen los privilegios al ramo de inventos útiles, y a las vías de comunicación".

Luego, al decir el Código en el inciso 9º del artículo 2652, que están sujetos al registro los títulos de privilegio, ha de entenderse que en tal mandato quedan comprendidas las patentes de invención. Carece, pues, de razón el cargo.

Si no se demostró la existencia de la patente de privilegio, por las razones expuestas, sobra estudiar lo relativo a la cesión de los derechos que de ésta pudieran desprenderse, que tendría por base un título que no se acreditó.

Es inoficioso también estudiar los reparos hechos a la no condenación por perjuicios, pues, no establecido el derecho del señor Vallejo como concesionario de la patente, por cuanto el título otorgado por el Ministerio carece de un requisito esencial para su validez, como es el registro, y no habiéndose demostrado igualmente la inscripción de la cesión, no era posible tener a la sociedad demandante como cesionaria de un derecho que no se demostró.

SENTENCIA

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de fecha veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo de la sociedad recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo A. Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

DE QUE DEPENDE LA CREDIBILIDAD DE UN TESTIGO — LIBRE APRECIACION DE LAS PRUEBAS POR PARTE DEL JUEZ

1.—La credibilidad del testigo —según la sabia norma que sustituyó la arcáica tarifa legal por la libre convicción del Juez— depende de sus condiciones personales y sociales, de las del objeto, de las circunstancias en que fué percibido y de aquellas en que rindió su testimonio. La idoneidad se refiere, por lo tanto, no sólo a la capacidad física y psíquica para percibir y recordar sino también a la capacidad moral (interés) y a la capacidad de los hechos u objetos para poder ser percibidos y recordados según las modalidades de distancia, luz, movimiento, figura (tamaño).

2.—La libre convicción del Juez —dice el procesalista Vannini— no debe entenderse en el modo sentimental de una "voz pura del espíritu" que tranquiliza la conciencia del Juez mismo, sino como libre y lógica apreciación de efectivos elementos de prueba, aunque ésta consistiera en la exclusiva pero seria confesión del procesado, en las solas declaraciones del querellante o en la de un solo testigo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

El abogado doctor O. Lozano Quintana impugnó, con base en las causales primera, segunda, cuarta y quinta de casación, la sentencia del Tribunal Superior de Buga, del trece de enero del año pasado, por la cual —por violación de los arts. 1º de la Ley 4ª de 1943 y 37 (numeral 9º) y 398 (numeral 7º) del estatuto penal— Manuel Salvador Giraldo y José Agustín Roa, fueron condenados a dos años de prisión cada uno, por el delito de hurto de ganado mayor y menor, de propiedad de Modesto Hincapié, cometido en los primeros días de marzo de mil novecientos cincuenta, en la finca llamada "La Despensa", ubicada en el Municipio de La Unión, Departamento del Valle.

Como han sido ya cumplidas las normas procesales relativas al recurso (arts. 563 a 566 C. P. P.), la Corte lo decide en el presente fallo, previa referencia al origen del proceso, a los fallos y a las tesis del recurrente y del Procurador.

I. — El proceso contra Agudelo y Roa

La denuncia que ante el Alcalde de La Unión, presentó la señora María de los Angeles Torres, esposa legítima de Modesto Hincapié, el día seis de abril de mil novecientos cincuenta, fundó la iniciación de este proceso. De la hacienda "La Despensa", que los esposos Hincapié poseían en aquel Municipio y explotaban, primero en compañía de Efrén Henao y después en la de Manuel Salvador Ortíz como cosecheros, fueron sustraídos durante el mes de marzo del año citado los siguientes animales y objetos:

a) Dos caballos (uno blanco y otro colorado), dos vacas (una colorada y otra amarilla), un ternero amarillo, dos marranas (grande, pintada de negro y blanco y con siete marranitos recién nacidos, la una, y de color mono y próxima a parir la otra) y un cerdo padrón grande de color amarillo, sustraídos —según referencias de Ortíz— por Agustín Roa, Tulio García, Pedro N. Varón, Francisco Agudelo, Celestino Soto, Evelio Castañeda y Joel Castaño, hecho que —añadido a las amenazas de que fué víctima— obligó a Ortíz a abandonar "La Despensa";

b) Nueve cabezas de ganado, de distintas edades y sexos, sustraídas por Ramón Ramírez y **Agustín Roa,** según información de Efrén Henao, en el tiempo en que éste administraba la finca de "La Despensa", es decir, antes de la administración de Ortíz, y

c) La madera del piso de la casa de la citada finca, así como otra destinada a construcción de una nueva casa, en poder de Francisco Antonio Agudelo según informes dados a la denunciante, desprendida la primera por Tulio García y Pedro Nolasco Varón de acuerdo con referencias comunicadas a Nacianceno Cardona y de éste a la denunciante.

El proceso, construído según el procedimiento de la Ley 48 de 1936 por mandato del Decreto Nº 1437 de 1948, lo integran las indagatorias de los acusados, los careos de éstos con los declarantes, y los testimonios, especialmente el de Juan de los Santos Medina, en torno a cuyo valor se ha controvertido la responsabilidad, yá para absolver, yá para condenar, y que es el punto principal de la impugnación del fallo. La calificación de los hechos, en cuanto al delito y en cuanto a los infractores, se ha hecho en las siguientes providencias:

a) La del Alcalde Municipal de La Unión, del veintiocho de abril de mil novecientos cincuenta, mediante la cual se decretó la detención preventiva de **Manuel Salvador Giraldo, Agustín Roa,** Francisco Antonio Agudelo, Marco Tulio García Luis Evelio Castañeda, José Antonio Ruiz, Ramón Ramírez, Joel Castaño, Pedro Nolasco Varón y Celestino Soto;

b) La del Juez Penal del Circuito de Roldanillo, del diez y seis de septiembre del mismo año, por la cual confirmó la del Alcalde y abrió a prueba el proceso;

c) La del mismo Juez, del diez de octubre, por la cual se ordenó "seguir por cuerda separada, mediante copias tomadas del original, el presente negocio contra los sindicados (fugitivos) Ramón Ramírez, Joel Castaño, Pedro Velasco Varón, Celestino Soto y Víctor Laverde";

d) La del mismo Juez, del día veinte de los mismos mes y año, por la cual —con fundamento en la negación de valor al testimonio de Medina— **se absolvió** a los procesados **Manuel Salvador Giraldo, Agustín Roa,** Francisco Antonio Agudelo, Marco Tulio García, Luis Evelio Castañeda y José Antonio Ruiz y les concedió la libertad provisional con fianza, y

e) La del Tribunal de Buga, del trece de enero del año pasado, mediante la cual —con reconocimiento de valor al testimonio de Medina— confirmó el fallo de primer grado en cuanto a la absolución de Marco Tulio García, Luis Evelio Castañeda y José Antonio Ruiz, lo revocó en cuanto a la de Manuel Salvador Giraldo, Agustín Roa y Francisco Antonio Agudelo, a cada uno de los cuales impuso la pena de dos años de prisión, y ordenó sacar copia de lo pertinente para seguir el proceso contra los sindicados ausentes Ramón Ramírez, Pedro Nolasco Varón y Celestino Soto.

III. — La demanda y su respuesta

El demandante afirma que el Tribunal —con referencia a las causales invocadas— violó normas sustantivas que dan origen a la primera, y normas adjetivas que lo dan a las restantes invocadas (segunda, cuarta y quinta). Los fundamentos de la impugnación son, resumida y aproximadamente, los siguientes:

La violación de la ley penal la apoya en dos hechos: en que Roa y Giraldo —contra el mandato del art. 203 del Código de Procedimiento Penal— fueron condenados sin la plena prueba de la responsabilidad por todos o por alguno siquiera de los delitos que les fueron imputados, y también en que 'en oposición a los arts. 1º de la Ley 4ª de 1943 y 398 del Código Penal— se les impuso una pena mayor del mínimo, no obstante la inexistencia de prueba de las circunstancias agravantes del delito determinadas en la última de las normas citadas.

La objeción relativa a la errada apreciación de los hechos la dirige al Tribunal, por cuanto condenó a Giraldo y Roa, incurriendo así en varias fallas: en que dió a un solo testimonio —el de Juan de los Santos Medina— valor de plena prueba; en que, a pesar de sus contradicciones en los careos con los procesados y en su última declaración, lo tuvo (a Medina) como el testigo de mayor crédito para condenar a aquéllos y al mismo tiempo lo rechazó para absolver a otros presuntos copartícipes; en que desechó la confesión de Francisco Antonio Agudelo, quien aseveró haber comprado los semovientes hurtados (hallados en su poder) a Ramón Ramírez, y, finalmente, en que dió valor —que no tienen— a las inculpaciones de los Hincapié.

La nulidad del proceso la sustenta más o menos, así: si fueron —como parece cierto— varios los semovientes sustraídos y en épocas diferentes, y posiblemente por varias personas, y a Giraldo y Roa no se les imputó responsabilidad por ninguna precisa substracción, ni se determinó la época o día en que ella pudo haberse realizado, debe concluírse que el Tribunal incurrió en error relativo, a la época en que se cometió el delito y al nombre y apellido del responsable o responsables.

La indeterminación e imprecisión de los hechos probados —fundamento de la causal quinta alegada— la ve el demandante en que, existiendo el dato de que el hurto de semovientes comprendió varias especies (ganado caballar, vacuno y porcino), y se realizó en épocas distintas y por personas distintas, no dijo el Tribunal cuál fué la sustracción probada ni cuáles las personas a quienes ella o ellas les fué atribuída.

El Procurador Delegado estudia, de preferencia entre las causales invocadas, la segunda, por cuanto —según lo expresa— es la que más radicalmente afecta el proceso, y como punto sustancial, el testimonio de Juan de los Santos Medina, el mismo que guió al Juez para absolver y al Tribunal para condenar.

Analizado a fondo tal testimonio, ya en sí mismo, esto es, en cuanto a las sucesivas contradicciones en que Medina incurre, ya consigo mismo, ya en relación con las afirmaciones creibles de otros testigos, considera el Procurador que no puede admitirse como base de la condena ni aún en el supuesto de que no tuviera tales vicios, ya que —según la ley y la doctrina— el valor de plena prueba sólo se ha otorgado a la inspección ocular (art. 255), al indicio necesario y a la presunción legal no desvirtuada (art. 217), a los documentos públicos o auténticos (art. 251) y a la confesión del procesado (art. 255).

No sin rechazar la equivocada consideración que al Tribunal merecieron las acusaciones de los perjudicados, como que se fundaron en referencias igualmente desvirtuadas, el Procurador conceptúa, finalmente, que la causal segunda debe prosperar, y, por lo tánto, Roa y Giraldo ser absueltos.

III. — Estudio del recurso

Siendo los procesados uno de los dos términos necesarios de la relación jurídico-penal que, con base en el proceso, se resuelve en la sentencia, y desde otro punto de vista, los sujetos pasivos de la acción penal, sin los cuales tanto aquella relación como esta acción quedarían privadas de una de sus condiciones de existencia, la crítica a la prueba de la responsabilidad adquiere —en casación— especial preeminencia, cuando contra la sentencia se han señalado otras violaciones del Derecho Procesal. Esta la razón para que la Corte examine de preferencia, la causal segunda, con tanto mayor razón cuanto que a las otras (nulidad, violación de la ley sustantiva e indeterminación de los hechos probados) implícitamente se les dió en la demanda calidad subsidiaria y, análogo fundamento jurídico.

Los motivos que el demandante aduce en apoyo de la causal segunda, son los siguientes:

a) La acusación que en la denuncia de María de los Angeles Torres de Hincapié y en la declaración de su esposo Modesto Hincapié, propietarios de los ganados y objetos hurtados, se hizo contra Roa, acusación fundadá en los informes de Manuel Salvador Torres, no tiene valor, no sólo porque éste negó haberlos dado, sino porque sus declaraciones serían sobre lo afirmado por otras personas;

b) La declaración de Juan de los Santos Medina, en la cual señaló a Roa y Giraldo como autores del delito, también carece de valor, por las contradicciones en que incurrió no sólo sobre los responsables sino también sobre sus más importantes circunstancias;

c) La afirmación de Francisco Antonio Agudelo —también condenado— de haber adquirido de Ramón Ramírez (reo ausente) el ganado hurtado que las autoridades hallaron en su poder, no fué aceptada, y

d) Roa no estaba obligado— como lo afirmó el Tribunal— a comprobar la inexactitud de las acusaciones de Medina, ni el Tribunal precisó los indicios acusadores deducidos en el proceso.

El examen del recurso, por lo expuesto, se concreta al de las declaraciones mencionadas, yá en sí mismas, yá en su relación con otras pruebas del proceso. Separadamente, pues, serán examinadas.

a) La denuncia de los Hincapié

Las imputaciones de la denunciante Torres de Hincapié se apoyan en informes de las siguientes personas: de Salvador Ortíz, encargado de la finca, según el cual fueron **Agustín Roa**, Tulio García, Pedro N. Varón, Francisco Agudelo, Celestino Soto, Evelio Castañeda y Joel Castaño, quienes substrajeron los semovientes; de Efrén Henao, antecesor de Ortíz, quien le informó que durante su administración Agustín Roa y Ramón Ramírez sacaron nueve cabezas de ganado, no sin amenazarlo (Ramírez a Henao) si los denunciaba; de Nacianceno Cardona, de que fueron Tulio García y Pedro Nolasco Varón los que arrancaron la madera de los pisos de la casa sin que supiera si se la habían o no apropiado; madera aquélla que —añadió la denunciante— lo mismo que la des-

tinada a construcción de una nueva casa, la tenía Francisco Antonio Agudelo en su poder.

Modesto Hincapié, esposo de la denunciante y condueño de "La Despensa" también fué informado según lo dijo al funcionario instructor— de que **Agustín Roa** y Ramón Ramírez fueron los que se sustrajeron la madera, las marranas, las vacas, los tres terneros y el cerdo padrón, y de que una de las marranas, la que tenía siete cochinitos, fué vendida a Octaviano Gómez.

No resultaron ciertas las informaciones de los esposos Hincapié. Salvador Ortíz en efecto, aclaró que el hurto fué cometido en días distintos del mes de febrero y no en marzo, que no dijo a la denunciante quiénes fueran los responsables y que solamente Ramón Ramírez y Pedro Nolasco Varón le insinuaron, aconsejaron u ordenaron se saliera de la finca con la amenaza de que iba a ser incendiada. Nacianceno Cardona apenas comunicó a la denunciante Torres de Hincapié que una persona (Marta Medina) le había contado que Tulio García y Ramón Ramírez desentablaron la casa y se llevaron la madera. La afirmación de que Efrén Henao comunicó a la codueña de "La Despensa" que **Agustín Roa** y Ramón Ramírez durante su administración (anterior a la de Ortíz) habían sacado nueve cabezas de ganado, no fué ratificada ni rectificada porque Henao —según datos oficiales— había cambiado de residencia sin que se hubiera descubierto la nueva. Menos fué comprobada la inculpación de Modesto Hincapié contra **Roa** y Ramírez apoyada en vagos informes de personas cuyos nombres no sabía o deliberadamente omitió.

b) El testimonio de Medina

Juan de los Santos Medina, chocoano de veinticinco años, peón de Ramón Ramírez en la época en que los Hincapié fueron desposeídos de sus bienes, hizo las afirmaciones siguientes, en las cuales el Tribunal fundó la condena de Roa y de Giraldo:

a) Agustín Roa, su hijo Manuel Roa, Marco Tulio García y Víctor Laverde, sacaron ocho vacas de la finca de Hincapié —lo que Medina vió— que llevaron al Corregimiento de "El Dovio" y, según se lo informó García, vendieron a Graciliano Reyes;

b) Ramón Ramírez sacó de "La Despensa" una marrana con cinco cochinillos, que vendió a Octaviano Gómez, a quien la mandó con Manuel Salvador **Giraldo**, Pedro Nolasco Varón, y el hijo de un señor de nombre Zabulón;

c) Medina un día que iba con Abel Sánchez de La Unión hacia la finca de Ramírez, se encontró con Marco Tulio García, José Antonio Ruiz, y otro individuo de San Pedro, que venían en dirección contraria, de los cuales el último conducía una marrana color mono, Ruiz la arreaba y García llevaba los cochinillos en un cesto; y

d) Francisco Agudelo y Ramón Ramírez sacaron de la finca de Hincapié —lo que Medina vió— cincuenta piezas de madera más o menos sin contar la destinada a la nueva casa (que quedó allí), y que se repartieron y llevaron a sus casas.

La confrontación de lo que Medina aseveró tan categóricamente en el testimonio aquí resumido, con lo que aseveró posteriormente, lo priva de todo valor jurídico, y aunque el recurso sólo afecta la sentencia en cuanto a Roa y Giraldo, el examen de aquel testimonio habrá de hacerse en relación con los otros procesados por causa del carácter de colectivo que les dá la acusación. La Sala, en la confrontación sigue el orden del resumen del testimonio.

a) La acusación a Roa

Medina, en su declaración del quince de abril rendida ante el Alcalde de La Unión, afirma dos hechos: primero, que **presenció personalmente** —se subraya— cuando Agustín Roa, Manuel Roa, Marco Tulio García y Víctor Laverde se sustrajeron **ocho vacas** de la finca de Modesto Hincapié, y segunda, que —según le dijo García— fueron llevadas al corregimiento de "El Dovio" y vendidas a Graciliano Reyes.

El veintinueve de septiembre, en la diligencia de careo, Medina hizo importantes declaraciones: al inquirírsele si conocía la persona que tenía al frente como la de Agustín Roa a quien había acusado antes, respondió afirmativamente, y añadió: "El señor Roa para nada intervino en las cosas que le fueron sustraídas al señor Hincapié". Como el funcionario instructor le anotara la contradicción entre las dos afirmaciones —la del testimonio y la del careo— aclaró que creía que tratara de las marranas, pues "en cuanto al ganado —añadio— sí es cierto y éso fué como a las ocho de la noche y lo ví porque yo estaba en la casa de Ramón Ramírez que queda al frente de la propiedad de Hincapié. Cuando los perros comenzaron a latir para ese lado, yo salí afuera y estaban arriando el ganado el señor que tengo de presente y los

otros que nombro. Eso hace un año y esa noche había luna. Los animales los arriaron para "El Dovio".

Roa negó rotundamente, y explicó que la falsedad del cargo se comprobaba, ya con el hecho de que en aquella hora estaba tratando con el Personero algunos asuntos relativos al local de Guaca, ya con el de que "en medio de la finca de Ramírez de Hincapié existen dos fincas y hay una distancia de ocho a diez cuadras". Interrogado sobre cómo pudo saber que llevaban el ganado hacia "El Dovio", contestó que por información de Graciliano Reyes (el comprador), pero Roa aclaró que Medina confundía tal hecho con la compañía de ganados que antes había tenido con Reyes. Medina, ante otra pregunta, afirmó que no recordaba la fecha, que Roa y sus compañeros iban disfrazados y en ropa de trabajo y que "como los conocía mucho por éso los reconoció".

Treinta días después, el veintisiete de Octubre, en nuevo testimonio, Medina ratificó el cargo de la sustracción del ganado (ocho cabezas), extendiéndolo a Manuel Salvador Giraldo. Es importante —para el análisis de sus declaraciones— transcribir textualmente lo que dijo: "Como a eso de las ocho de la noche los ví sacar ocho cabezas de ganado. yo venía de La Unión para la finca de Ramón Ramírez. Los ví como a una cuadra de distancia y lo echaron para "El Dovio". Estaba la noche ni muy oscura ni muy clara. Había luna cuando ésto sucedió. Los que sacaron los animales eran Manuel Salvador Giraldo, Agustín Roa, Tulio García, Víctor Laverde, y el hijo de Agustín. Víctor Laverde, Manuel y Agustín Roa me saludaron, pero los otros no. Me dí cuenta que esos animales los echaron para "El Dovio" porque se lo vendieron a Graciliano Reyes". Más adelante afirmó: que la sustracción del ganado fué "el año pasado", sin que recordara la fecha ni el mes, apenas el día (viernes), que distinguió los colores de las vacas porque iba de a caballo y llevaba linterna, y al ser interrogado sobre la contradicción, respondió: "Muy cierto así dije y eso fué en mi casa y dije éso porque creía que esta era otra declaración". Terminada, el Juez hizo la siguiente declaración: "El suscrito Juez deja constancia que el testigo Medina dá la impresión de no decir la verdad en su declaración y que se ha confirmado una vez más en sus aseveraciones de la sentencia cuando absolvió a los sindicados por cuanto el testigo Juan de los Santos Medina le era sospechoso".

Resalta —sin recurrir a esfuerzo dialéctico alguno— la carencia de precisión que revela el testigo Medina,— en las tres diligencias que, naturalmente, lo hace incurrir en tan irritantes contradicciones, ya en cuanto a su presencia en el momento de la sustracción de los ganados, ya en cuanto a la dirección que los acusados siguieron, ya en cuanto al destino que dieron a los semovientes sustraídos. Medina -según sus afirmaciones- vío a Roa y compañeros sacar los animales desde dos diversos sitios y posiciones simultáneamente: desde la casa de Ramírez, que queda frente a la de Hincapié a una cuadra de distancia y desde el camino de La Unión a la finca de Ramírez, a la cual se dirigía el declarante aquella noche a caballo. Pero ésto fué totalmente desvirtuado. La inspección ocular, en efecto, ratificó la explicación de Roa de que entre las fincas de Ramírez e Hincapié existen otras; Medina, pues, no pudo presenciar la sustracción desde la casa da Ramírez, así como Graciliano Reyes ratificó los negocios con Roa en años anteriores y desmintió la compra de los ganados sustraídos a Hincapié. Se deduce que Medina, por aguda que fuera su capacidad visual y por exacto que fuera el conocimiento personal de los acusados, no le era posible distinguirlos, ya porque Roa y sus compañeros estaban disfrazados, ya por la hora (ocho de la noche), ya por la distancia (una cuadra aproximadamente). Esta deducción abarca también la aseveración de que aquéllos siguieron hacia El Dovio, imputando el informe, primero a García y luégo a Reyes.

b) La acusación a Giraldo

Los cargos contra Manuel Salvador Giraldo que le fueron hechos por el mismo declarante son, en resumen: en el primer testimonio, que acompañó a Ramón Ramírez, el autor del hurto de una de las marranas, a llevarla a Octavio Gómez, a quien la había vendido; y en el careo, que fué coautor de Ramírez en la sustracción del animal, y, finalmente, en la misma diligencia, que participó, con los Roa y compañeros, en el hurto de las ocho cabezas de ganado.

Aquí también la contradicción de Medina es flagrante, pues si primero apenas lo acusa de haber acompañado a Ramírez a llevar la marrana a Octavio Gómez, posteriormente ya lo señala como coautor del hurto de la marrana, y después en el de las ocho vacas, imputaciones que Giraldo rechazó con entereza.

IV. — Decisión del recurso

Negado por Salvador Ortíz y Nacianceno Cardona lo que los denunciantes, Modesto Hincapié

y su esposa dijeron haber sabido por aquéllos contra Roa; negada por Graciliano Reyes la compra del ganado hurtado a los Hincapié y que —según Medina— Roa, Giraldo, García y otros le habían vendido a Reyes; negado por Abel Sánchez que viajara con Medina la noche en que éste dice se encontró con aquéllos cuando llevaban el ganado a "El Dovio"; puestas ya de relieve las tan flagrantes contradicciones en que Medina incurrió en sus testimonios y careos con los procesados, y considerada su personalidad, tanto en este proceso como en sus actividades delictuosas que algunos testigos refieren y él implícitamente admite, su testimonio —no por ser único— carece de las condiciones que la ley y la doctrina fijan para que pueda constituír "la fuente de una decisión judicial".

La credibilidad del testigo —según la sabia norma que sustituyó la arcáica tarifa legal por la libre convicción del Juez— depende de sus condiciones personales y sociales, de las del objeto, de las circunstancias en que fué percibido y de aquellas en que rindió su testimonio. La idoneidad se refiere, por lo tanto, no sólo a la capacidad física y psíquica para percibir y recordar sino también a la capacidad moral (interés) y a la capacidad de los hechos u objetos para poder ser percibidos y recordados según las modalidades de distancia, luz, movimiento, figura (tamaño). Brevemente deben estudiarse estas cuestiones.

La capacidad física del testigo para percibir y así como la de los acusados y de los semovientes para ser percibidos, fué desvirtuada por el dato que la inspección ocular dió sobre los linderos de la finca de Ramírez y sobre la distancia entre ésta y la de los Hincapiés y dada por Roa también por las circunstancias de tiempo y de hora, que imposibilitaban la percepción. Análoga objeción puede dirigirse contra la capacidad moral del testigo, probada como está —por las serias contradicciones en que incurrió— sino su inclinación a la mentira, sí su propósito deliberado de imputar el delito a determinados individuos.

El Tribunal, por lo dicho, no podía fundar su fallo condenatorio en las afirmaciones de los Hincapiés y Medina, como tampoco podía acogerlas en parte para condenar a unos y en parte para absolver a otros, por la calidad del vicio, que no consiste aquí en la unicidad, esto es, en el testimonio único—como lo supone el demandante—ya que el criterio de la libre convicción del Juez priva de aplicabilidad y valor en lo penal el principio expuesto en la fórmula romana **(unus testis nullus testis)**.

La libre convicción del Juez —dice el procesalista Vannini- no debe entenderse en el modo sentimental de una "voz pura del espíritu" que tranquiliza la conciencia del Juez mismo, sino como libre y lógica apreciación de efectivos elementos de prueba, aunque ésta consistiera en la exclusiva pero seria confesión del procesado, en las solas declaraciones del querellante o en la de un solo testigo".

"Si una sola prueba —conceptúa Ellero— pudiera demostrar los objetos todos de la sentencia, esa sola prueba bastaría". Y más adelante añade: "Un solo testigo irrecusable, que espontánea e inmediatamente alcanzase todas las circunstancias morales y materiales subjetivas y objetivas, relativas al delito (lo cual no será posible casi nunca más para el reo), ofrecería, sí la prueba perfecta".

La objeción al testimonio de Medina, por ser el solo en que la sentencia se fundó —ya que el Tribunal se refirió a indicios que no enunció ni precisó— no es aceptable como no lo son tampoco, por causa del criterio de la libre convicción, las objeciones fundadas en la aplicabilidad irrestricta de las normas del Derecho Procesal Civil al proceso penal.

Se concluye, pues, que el Tribunal incurrió —con violación de los arts. 203 y 224 del estatuto procesal penal— en una equivocada apreciación de la prueba testimonial, no sólo porque se dió a las afirmaciones de Medina un valor de que carecen sino porque no dió a las de Graciliano Reyes y Abel Sánchez el que sí tienen.

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, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Buga, del trece de enero del año pasado, por la cual Agustín (o José Agustín Roa) y Manuel Salvador Giraldo fueron condenados cada uno a dos años de prisión por el delito de hurto de ganado mayor y menor en perjuicio de Modesto Hincapié y de María de los Angeles Torres de Hincapié, en su lugar los **absuelve** (a Roa y Giraldo) del mismo cargo, y ordena se investiguen los delitos a que el señor Procurador se refiere en la página Nº 11 de su vista.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre— Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez— Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE HURTO. — LAS CIRCUNSTANCIAS DE MODO, TIEMPO Y LUGAR EN QUE FUE COMETIDO EL DELITO NO CONSTITUYEN ELEMENTOS ESENCIALES DEL HURTO. — TAMPOCO ES INDISPENSABLE PARA QUE SE CONFIGURE ESTE ILICITO, QUE ESTEN COMPROBADOS LOS PERUICIOS QUE PUEDA SUFRIR EL DUEÑO DE LA COSA. — CRITICA DEL TESTIMONIO EN MATERIA PENAL.—LAS CONDENACIONES ANTERIORES COMO CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

1.—Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se lleve a cabo el atentado contra el patrimonio, no constituyen elementos esenciales del delito de hurto. Son factores circunstanciales que pueden dar lugar a que se agrave la responsabilidad y la sanción o a que el hecho se torne en una infracción más grave, pero no dan lugar a la inexistencia del hecho como punible, y en caso de que se incurra en error acerca de la época o del lugar en que se cometió el hurto, ello sería únicamente causal de nulidad en el proceso.

2.—Como el hurto es una de las infracciones de las que se denominan formales, porque se consuman o se perfeccionan en el instante en que se ejecuta el hecho que las constituye, sin consideración al daño efectivo que sufra el bien jurídico tutelado por la norma penal, lógicamente hay que concluir, que no hace falta para la concurrencia al hecho el ánimo de lucro por parte de los agentes del ilícito y para la existencia de este elemento esencial, la utilidad grande o pequeña, el provecho económico o personal que aquéllos hubieran derivado del atentado contra la propiedad ajena. Basta que el detentador hubiera tenido la intención de utilizar materialmente la cosa, de sacar de ella un provecho económico o moral, para que el ANIMUS LUCRANDI se dé con toda puntualidad. Esto lo que se deduce del texto del artículo 1º de la Ley 4ª de 1943, que al tipificar el delito de hurto, sólo exige, entre otros elementos, que el agente sustraiga la cosa "con el propósito de aprovecharse de ella", y no que realmente hubiera derivado un beneficio con la sustracción.

Como lo dice con toda propiedad el señor Procurador Delegado en lo Penal, "una cosa es el fenómeno de la consumación y existencia del hurto, y otra muy distinta las consecuencias que de ello pueda sacar el responsable, en orden a obtener un provecho económico o una ventaja personal". Lo contrario sería dar al texto expreso de la ley, una interpretación contraria a su letra y a su espíritu, porque bastaría que los autores de los atentados contra la propiedad fueran sorprendidos antes de que lograran utilizar materialmente la cosa o pudieran sacar de ella un beneficio, o que no se les pudiera probar el provecho resultante del atentado, para que éste quedara sin sanción. El hurto, en la generalidad de los casos, se ejecuta con el propósito de sacar del objeto sustraído un provecho positivo directo y en el sentido general del vocablo, un provecho sensual, pero las ventajas o beneficios económicos o morales que derive de su acción el delincuente, y los perjuicios que pueda sufrir el dueño de la cosa, no hacen parte integrante del delito ni son requisitos cuya comprobación sea indispensable para que el ilícito se configure.

3.—La apreciación del testimonio y, en general, la de todas las pruebas en materia penal, no se rige por los principios que regulan el procedimiento civil, porque no hay identidad de fines en ambos derechos (el penal y el civil). En el primero, el Juez busca, ante todo, la verdad material, histórica o real de los hechos investigados; en tanto que en lo civil, solamente le basta al juzgador la verdad formal que las partes le suministren, aunque esa verdad no corresponda a los hechos.

Por eso, el Código de Procedimiento Penal no adoptó la regla del artículo 701 del Código Judicial, sino que, por el contrario, dejó al prudente criterio del Juez la apreciación del testimonio, teniendo en cuenta las normas de la crítica de éste. (Artículo 224).

En consecuencia, para rechazar un testimonio en el terreno penal, es menester recurrir a un análisis lógico, objetivo y subjetivo, a un

trabajo de comparación, a fin de establecer si el declarante dijo la verdad.

4. — De autos aparece que los procesados Portilla y Monroy tienen en su cuenta varias sindicaciones por diversos delitos, pero no existe la constancia de que hubieran sido sentenciados por ninguno de ellos ni se trajeron al expediente las copias de las sentencias respectivas. De suerte que no existe la base probatoria requerida para agravarles la sanción ni para tenerlos como reincidentes con base en aquella conducta anterior. No era, por lo tanto, el caso de computarles la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal y estuvo mal aplicada esta agravante accesoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pamplona, en sentencia fechada el treinta de junio de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a Ricardo Monroy y a Francisco Antonio Portilla, entre otros, a la pena de seis años de prisión, como responsables del delito de hurto.

Tanto los procesados aludidos antes, como su defensor, interpusieron contra dicho fallo el recurso de casación y nombraron para representarlos ante la Corte, al doctor Rogerio Villamizar, quien en su escrito de demanda invoca las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuación procesal

El informativo se inició, por denuncia que con las formalidades legales presentó Octavio Hernández Bautista ante el Alcalde de Mutiscua, con fecha trece de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, en la cual afirmó que vivía en la finca denominada "Ranchería", punto de la "Piñuela", fracción de Aventino, de la jurisdicción de aquel municipio, en su condición de arrendatario cuidandero de la mencionada finca y de los animales del señor José N. Rojas y en la mañana de ese día, notó la falta de seis reses, siendo así que en la noche anterior había encerrado, como de costumbre, todo el ganado en el corral inmediato a la casa. Dice que cuando se ocupaba de reparar la cerca del corral, encontró que habían zafado o quitado el portón que le daba entrada, observando el rastro de gente grande y de varios tamaños que habían entrado y echado fuéra las reses que hacían falta y el otro ganado que se encontraba dentro del corral; que inmediatamente se puso a buscar y halló el rastro por donde se habían llevado las reses que fáltaban, que eran una novilla amarilla pintada con blanco, un buey negro careto, un buey blanco con pintas amarillas, un buey amarillo cachigrande, un buey amarillo oscuro, un novillo gateado con pintas blancas, todos cifrados con una R. puesta en la pierna o en el anca y de propiedad de José N. Rojas. En la ampliación del denuncio (folio 3), manifiesta que los semovientes desaparecidos fueron siete e incluye entre ellos, una novilla colorada blanca, agregando que dichos animales estaban cifrados con las letras "J. R." y una de las novillas con la cifra "IX" y cuando fué con una comisión de tropa que a José N. Rojas le dieron en Bucaramanga, en busca de los semovientes sustraídos, hallaron el buey amarillo limón en poder de Ricardo Flórez, quien al ser interrogado dijo que se lo habían dejado unos tipos que se hallaban más adelante de su casa de habitación y entonces, la comisión lo echó por delante junto con el buey y en el lugar indicado por Flórez, capturaron a cuatro sujetos que no conocían, pero que éste identificó como los mismos que habían dejado en su poder el buey amarillo limón.

La investigación por el hecho antes narrado, se adelantó en conformidad con lo dispuesto por la ley 48 de 1936 y correspondió para su conocimiento al señor Juez Primero del Circuito en lo Penal de Pamplona, quien dictó sentencia condenatoria con fecha veintidós de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, imponiendo a Ricardo Monroy y a Francisco Antonio Portilla, entre otros, la pena principal de treinta y dos meses de prisión, como responsables del delito de hurto de los semovientes de propiedad de José N. Rojas.

La sentencia del Juez del Circuito, fue apelada por los procesados Ricardo Monroy, Eliécer y Francisco Antonio Portilla y consultada en lo relativo a los demás procesados. El Tribunal de Pamplona en el fallo que es materia del recurso de casación, en lo que respecta a los procesados recurrentes, la reformó en el sentido de condenarlos a la pena principal de seis años de prisión dejándola en firme en lo demás.

Demanda de casación

El representante de los procesados Ricardo Mon-

roy y Francisco Antonio Portilla, presentó dos demandas, una para cada uno de sus poderdantes, sustentando los mismos motivos y analizando los mismos hechos en lo relativo a las causales primera y segunda de casación, por lo cual habrán de estudiarse estas causales en un solo capítulo, como lo hace la Procuraduría.

Causales primera y segunda.—Violación de la ley penal sustantiva y mala apreciación de los hechos

El punto fundamental de las alegaciones del recurrente, lo concreta en la afirmación de que en el proceso no existe prueba suficiente para condenar a los procesados, por no estar demostrados debidamente el cuerpo del delito ni la responsabilidad. Dice que el Tribunal al confirmar la sentencia de primera instancia, consideró que el cuerpo del delito de hurto de ganado mayor, está plenamente probado y que también lo estaba la imputabilidad y responsabilidad, pero que el cuerpo del delito, cuando se trata de hurto de ganado mayor, se comprueba con la *propiedad* de los animales sustraídos, la *preexistencia* de los mismos en determinado lugar, su *desaparición* en un día y modo determinado, fuéra de que hay que probar también, la *consiguiente* falta de esos animales, del lugar donde se encontraban, todo lo cual se echa de menos en el caso presente.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

En cuanto a las dos primeras causales alegadas, el Ministerio Público hace un recuento de los hechos materia del proceso y luego entra a examinar los cargos contenidos en la demanda en lo que se relaciona con la materialidad de los hechos y con el elemento subjetivo del ilícito, llegando a la conclusión de que estos elementos se hallan probados en el expediente y las causales invocadas no pueden prosperar.

Se considera:

Dice el demandante, en primer lugar, que no está acreditada en forma fehaciente la propiedad de los semovientes hurtados, pues tanto el denunciante Octavio Hernández, como José N. Rojas y el doctor Luis Euardo Barco, hablan de siete reses de propiedad de José N. Rojas, lo cual no corresponde a la realidad, porque los declarantes Norberto Cañas, Vicente Vera y Antonio Pabón (fls. 106 v., 94 y 106) se hallan acordes en que eran seis reses de propiedad de José N. Rojas y una de propiedad de Vicente Vera.

Este cargo carece de consistencia y se desvirtúa en forma clara y concluyente, si se tienen en cuenta las siguientes pruebas:

El docotr Luis Eduardo Barco, al folio 123 del cuaderno principal, dice:

"...En efecto, hace once días, o sea el viernes doce del presente mes, me fueron robados siete bueyes y dos novillas, marcados con la cifra 'J. R.' que corresponde al señor José N. Rojas, *quien es el dueño de tales ganados* y los tenía pastando en mis potreros".

Octavio Hernández, quien figura como denunciante, en la ampliación a su denuncio (fl. 3), afirma:

"...Que son siete las reses robadas así: cinco machos y dos novillas, de las siguientes filiaciones...".

En los testimonios de Norberto Cañas y Antonio Pabón, se lee:

El primero: "...Me consta personal y directamente que al señor José N. Rojas, le fueron robadas de los potreros de su propiedad, llamados la 'Piñuela', en jurisdicción de Mutiscua, del doce de agosto último en adelante siete reses así: cinco bueyes de arado y dos novillas, todos marcados con la cifra que pongo de presente, o sea una jota y erre unidas (el suscrito deja constancia de que el señor declarante presenta la aludida marca de hierro), es decir, que los cinco bueyes estaban marcados con jota y erre unidas, a excepción de las dos novillas que estaban marcadas la una con L. F. y la otra novilla con una X..." (fl. 156).

Pabón afirma: "....Me consta de una manera directa y personal que desde el día doce de agosto en adelante, le fueron robadas al señor José N. Rojas de los potreros de su propiedad llamados la 'Piñuela', de la jurisdicción del municipio de Mutiscua, cinco bueyes de arado y dos novillas, marcados los bueyes con la cifra J. R. enlazadas en las piernas y en los brazos indistintamente; una novilla colorada con pintas blancas con la cifra L. y R. y la otra novilla colorada rabiblanca marcada con una X" (fl. 157).

En lo que se relaciona con el dicho de Vicente Vera, este deponente también se halla acorde en que los semovientes materia de la sustracción fueron siete, todos de propiedad del señor José N. Rojas, a excepción de la novilla rabiblanca que era de propiedad del declarante.

De otro lado, en lo relativo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometido el delito, no existe en el informativo duda de ninguna especie. Las declaraciones ya relacionadas, estable-

cen con absoluta precisión la fecha en que el hecho se ejecutó, el lugar donde se hallaban los animales hurtados en el momento de la sustracción y el modo como fueron sustraídos.

Fuéra de lo anterior, como lo sostiene la Procuraduría, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se lleve a cabo el atentado contra el patrimonio, no constituyen elementos esenciales del delito de hurto. Son factores circunstanciales que pueden dar lugar a que se agrave la responsabilidad y la sanción o a que el hecho se torne en una infracción más grave, pero no dan lugar a la inexistencia del hecho como punible y en caso de que se incurra en error acerca de la época o del lugar en que se cometió el hurto, ello sería únicamente causal de nulidad en el proceso, que no es materia de las causales que se examinan, sino de la causal cuarta de casación, que no ha sido alegada por el autor del libelo.

Los elementos constitutivos del delito de hurto, son:

a) Apoderamiento de una cosa. b) Que esa cosa sea mueble. c) Que sea ajena. d) Que el apoderamiento se lleve a cabo sin el consentimiento de su dueño y sin fuerza ni violencia; y e) Que se ejecute con ánimo de lucro.

Y estos elementos concurrieron al caso de autos, porque se halla demostrado que hubo apoderamiento de cosas muebles, como lo eran los semovientes; que éstos no pertenecían a los autores del atentado sino a personas distintas; la sustracción o apoderamiento, se llevó a cabo sin el consentimiento de su dueño; y finalmente, el ánimo de lucro, es decir, la intención de sacar de los semovientes hurtados un provecho, es otro factor que surge debidamente acreditado de las probanzas recogidas en el expediente.

Se hubiera demostrado que los animales hurtados eran de propiedad de los procesados o que hacían parte de aquellas cosas que en la legislación civil se denominan *res nullius* o bien *res derelictae*, que en determinados casos y mediante el cumplimiento de ciertas condiciones, hacen desaparecer el delito de hurto, y entonces, la situación jurídica de los sentenciados sería completamente distinta. No es razón valedera, el hecho de que seis animales fueran de propiedad de Rojas y uno de ellos de propiedad de Vicente Vera, porque esto sólo querría decir que los perjudicados con el delito fueron dos personas, lo cual no tiene capacidad legal ni jurídica para hacer desaparecer el ilícito cometido.

Que el sentenciador de segunda instancia, se hubiera equivocado en la parte motiva de su fallo, diciendo que el hecho se cometió en fecha distinta de aquella en que realmente tuvo realización y que señalan las pruebas recogidas en el informativo, es un argumento que carece de valor en orden a la probanza de la materialidad del hecho punible, porque del denuncio y de los dichos de las personas que vieron pasar los semovientes cuando eran conducidos por los procesados, se deduce que el hecho tuvo realización en la noche comprendida entre el doce y el trece de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, fuéra de que como ya se ha dicho, el estudio de esa circunstancia no es materia de las causales alegadas por el actor, sino de la causal cuarta que no ha sido invocada.

Dice igualmente el demandante, que no concurrió a la comisión del hecho, pues no hay prueba plena, del elemento del delito consistente en que Francisco Antonio Portilla y Ricardo Monroy, se hubieran aprovechado en alguna forma de las siete reses, pues una de ellas fue recuperada en manos de Ricardo Flórez y las otras, si bien algunos declaran que fueron sacrificadas en casa de Delfino Gutiérrez y vendida la carne en este mismo lugar, no se demostró siquiera en forma indiciaria que estos semovientes fueran los mismos que fueron objeto de la investigación, y por consiguiente, que los procesados hubieran obtenido algún provecho.

La tesis del demandante no tiene asidero en los autos. En éstos está debidamente acreditado que los procesados Portilla y Monroy, hacían parte del grupo de sujetos que en la noche del doce al trece de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, sustrajeron los semovientes de propiedad de José N. Rojas del punto de la "Piñuela" y el día trece del mismo mes y año, se les vio pasar conduciéndolos en dirección al municipio de Piedecuesta, dejando uno de tales semovientes en casa de Ricardo Flórez, donde más tarde fue recuperado por las autoridades. Como no puede admitirse que esta actuación de los procesados era completamente inocente, sin ninguna finalidad delictuosa, y el hecho se hallaba ya consumado materialmente con el simple apoderamiento de los semovientes, y se trata de una de las infracciones de las que se denominan formales, porque se consuman o se perfeccionan en el instante en que se ejecuta el hecho que las constituye, sin consideración al daño efectivo que sufra el bien jurídico tutelado por la norma penal, lógicamente hay que concluir, que no hace falta para la concurrencia al hecho, del ánimo de lucro por parte de los agentes del ilícito y para la existencia de este elemento esencial, la utilidad grande o pequeña, el provecho económico o personal que aquéllos hubieran derivado del atentado contra la propiedad ajena. Basta que el detentador hubiera tenido la intención de

utilizar materialmente la cosa, de sacar de ella un provecho económico o moral, para que el *animus lucrandi* se dé con toda puntualidad. Esto lo que se deduce del texto del artículo 1º de la ley 4ª de 1943, que al tipificar el delito de hurto, sólo exige, entre otros elementos, que el agente sustraiga la cosa "con el propósito de aprovecharse de ella", y no que realmente hubiera derivado un beneficio con la sustracción.

Como lo dice con toda propiedad el señor Procurador Delegado en lo Penal, "una cosa es el fenómeno de la consumación y existencia del hurto, y otra muy distinta las consecuencias que de ello pueda sacar el responsable, en orden a obtener un provecho económico o una ventaja personal". Lo contrario sería dar al texto expreso de la ley, una interpretación contraria a su letra y a su espíritu, porque bastaría que los autores de los atentados contra la propiedad fueran sorprendidos antes de que lograran utilizar materialmente la cosa o pudieran sacar de ella un beneficio, o que no se les pudiera probar el provecho resultante del atentado, para que éste quedara sin sanción. El hurto en la generalidad de los casos, se ejecuta con el propósito de sacar del objeto sustraído un provecho positivo directo, y en el sentido general del vocablo, un provecho sensual, pero las ventajas o beneficios económicos o morales que derive de su acción el delincuente y los perjuicios que pueda sufrir el dueño de la cosa, no hacen parte integrante del delito ni son requisitos cuya comprobación sea indispensable para que el ilícito se configure.

En lo que se refiere a la responsabilidad de los procesados, afirma el demandante:

"Hay dos pruebas (2) únicamente que localizan la imputabilidad y responsabilidad en Francisco Antonio Portilla y Ricardo Monroy, o sean lo afirmado por Ricardo Flórez y lo afirmado por Luis Alberto Rojas o José de los Santos Moreno, porque las demás declaraciones se fundan en rumores, y es sabido que los rumores no son nunca fundamento de condena...".

"Ricardo Flórez es un sindicado por este mismo delito, puesto que fue a él a quien se le encontró un buey, ése sí debidamente reconocido e identificado como de propiedad de José N. Rojas.

"Su declaración no tiene valor alguno porque si bien es cierto que hace cargos contra mis defendidos es eminentemente sospechosa porque él quiere necesariamente evadirse de la responsabilidad que le cabe por el hurto de las reses de propiedad de José N. Rojas, es decir, tiene interés en que no salga perjudicado por el hecho en que aparece sindicado...".

Contestando esta argumentación dice el Procurador Delegado en lo Penal:

"A esto se replica que la apreciación del testimonio y, en general la de todas las pruebas en materia penal, no se rige por los principios que regulan el procedimiento civil, porque no hay identidad de fines en ambos derechos (el penal y el civil). En el primero, el Juez busca, ante todo, la verdad material, histórica o real de los hechos investigados; en tanto que en lo civil, solamente le basta al juzgador la verdad formal que las partes le suministren, aunque esa verdad no corresponda a los hechos.

"Por eso el Código de Procedimiento Penal no adoptó la regla del artículo 701 del Código Judicial, sino que, por el contrario, dejó al prudente criterio del Juez la apreciación del testimonio, teniendo en cuenta las normas de la crítica de éste. (Artículo 224).

"En consecuencia, para rechazar un testimonio en el terreno penal, es menester recurrir a un análisis lógico, objetivo y subjetivo, a un trabajo de comparación, y nunca de eliminación, a fin de establecer si el declarante dijo la verdad.

"Ricardo Flórez, desde la primera diligencia en que intervino, "ha sido franco, preciso y firme en su dicho...", como lo certificó el funcionario instructor (fl. 32).

"Por otra parte, sus declaraciones están acordes con otros elementos de convicción que suministra el proceso.

"Y yendo al contenido de ese testimonio, se ve que versa sobre hechos que guardan entre sí una grande armonía y relación, derivadas de la naturaleza de las cosas, a tal punto que lo afirmado allí es verosímil y creíble. Así, existe una íntima conexión entre la llegada de Portilla y sus compañeros a la finca de Ricardo Flórez, y la solicitud del primero para que le dejara pastando unas reses, más las explicaciones del primero acerca de la procedencia de tales semovientes; y entre el hecho de que Portilla le hubiera dejado una yunta, con la manifestación de que tales animales serían "picados", y la expedición de carne, por parte de Francisco Antonio Portilla y Ricardo Monroy en la casa de Delfino Gutiérrez".

A esto se agrega que, los dichos de Ricardo Flórez se hallan corroborados por los de Gustavo Villamizar o Rodríguez, Albertina Rojas de Flórez, esposa de Ricardo y Luis Rodríguez (fls. 36, 37 y 200).

El primero dice que el día trece de agosto, se encontraba en compañía de Ricardo Flórez en el punto de "El Rasgón", vereda de Sevilla, de la ju-

risdicción de Piedecuesta, deserbando unos repollos de propiedad de Ricardo, cuando se presentó un señor Pascual que decían que era de apellido Portilla y cuando la comisión lo capturó supo que tenía el nombre de Eliécer Portilla, y no se dio cuenta qué conversarían con el mencionado Ricardo, pero de pronto se fueron para la casa de éste y el declarante y su hermano Luis Villamizar, se quedaron recogiendo unas mazorcas; que desde el sitio donde se encontraban se veía para la casa de Ricardo y observaron que éste y Portilla se fueron hasta donde estaban unas reses y con éstas otros hombres. Agrega que, no volvieron a verse ese día con Ricardo, ni se dieron cuenta qué harían con las reses, pero posteriormente supo que lo había llevado una comisión que estuvo por allá y en los días siguientes al trece de agosto, oyó decir, que el tal Pascual Portilla había "picado" unas reses donde Delfino Gutiérrez.

Albertina Rojas de Flórez, refiere que el día trece de agosto se hallaba en la cocina de su casa de habitación que queda en el punto de "El Rasgón" y se presentó Eliécer Portilla, que por allá se llama Pascual, y preguntó por el esposo de la declarante y ella le dijo que estaba deserbando unos repollos y mandó al chiquito que se fuera con Eliécer y le dijera dónde estaba trabajando Ricardo y al rato volvieron todos tres; que luego Ricardo le dijo a la deponente que si le arrendaban a Eliécer para siete reses que bajaban para venderlas en las fiestas de Guaca y ella le contestó que no, porque el patrón era muy trabajoso y además, no había pastos; que Ricardo y Eliécer hablaron sobre eso y al fin, aquél le dijo a éste que no podía arrendarle para todas las reses, que más bien le dejara dos bueyes y se los alquilara para arar una huertecita y convino en dejárselos con la condición de que se los cuidara con pasto y en seguida se fueron para donde estaban las reses; que al rato volvió Ricardo diciendo que si le tenían los bueyes a Eliécer que se los había alquilado para arar la huerta y ella le dijo que sí y que los cuidaban con ración y así fue que le dejó un buey gatiado y otro gatiado caripintado y luego Eliécer y sus compañeros que eran Ricardo Monroy, Jorge Quiñones y Francisco Portilla se fueron con las demás reses por el camino que va a Sevilla y después la gente estaba con el cuento, de que las dejaron donde Gil Villamizar y las habían picado y vendido donde Delfín Gutiérrez. Añade que, no recuerda qué día volvió Eliécer y se llevó uno de los bueyes para "picarlo" y el otro lo dejó y fue el que encontró la comisión el día en que echaron a Ricardo para Bucaramanga.

El menor Luis Rodríguez, manifiesta que en fecha que no recuerda, se encontraba con otros obreros desyerbando maíz en tierras de la señora Susana Vera y a eso de las once del día, vio que un señor a quien no conocía, pero que después ha oído decir que era Eliécer Portilla, se dirigía hacia el lugar donde Ricardo Flórez se hallaba desyerbando una huerta de repollos y luego observó que ambos se dirigían hacia la casa de Ricardo; que después fueron llamados a almorzar y vio que Flórez conducía dos bueyes, uno amarillo careto y otro negro pintado y después se dio cuenta que en un potrero de Antonio María Sandoval estaban unos señores con otro poco de ganado y oyó decir, que fue llevado a casa de Delfino Gutiérrez, donde lo sacrificaron y expendieron la carne y que el buey amarillo que halló la policía en poder de Ricardo Flórez, se lo había fletado a éste Eliécer Portilla, sin que le conste que Ricardo hubiera llevado ganado a casa de Delfino Gutiérrez.

Juan de Jesús Flórez, refiere que el trece de agosto se hallaba en casa de Gabriel Carvajal, y vio pasar a cinco individuos, los mismos que después fueron capturados, con cinco bueyes y dos novillas (fl. 149).

Santiago Vera también vio pasar a los mismos sujetos, con los semovientes en referencia (fl. 150).

Se anota que estos declarantes, incurren en la equivocación de mencionar como fecha de sus observaciones el día once de agosto de 1949, cuando realmente se refieren a hechos ocurridos el trece del mismo mes, pero del conjunto de sus exposiciones y del contenido de las mismas, se deduce que se trata de un simple error de los deponentes en cuanto a esa fecha, pero por lo demás sus dichos se conforman con la realidad de lo que presenciaron.

Luis Alberto Rojas en la diligencia de careo practicada con Ricardo Flórez ante el Alcalde de Mutiscua, dice que es verdad lo afirmado por éste, pues el domingo siguiente al sábado trece de agosto, durmió en casa de Delfino Gutiérrez y cuando despertó ya tarde del día encontró allí a Eliécer Portilla, Francisco Portilla, Ricardo Monroy y Jorge Quiñones, que estaban acabando de expender una res que habían picado esa mañana, aunque no supo si sería macho o hembra y dónde la habían picado, pero entendió que la venta de la carne la hicieron entre todos. También afirma que al sábado siguiente los mismos sujetos mataron otra res, pues cuando volvió del trabajo por la tarde, los encontró vendiendo carne fresca y la venta la hacían entre los mencionados Portilla, Monroy y el que llamaban Jorge (fl. 27).

En una nueva diligencia de careo, Luis Alberto

Rojas al contestar las afirmaciones de Ricardo Flórez, reafirma las aseveraciones hechas en la anterior diligencia sobre la venta de carne por parte de los citados Portilla, Ricardo Monroy y Julián o Jorge Quiñones, agregando que a Eliécer Portilla lo conoció el día que bajó con el ganado y a Francisco Portilla y a Ricardo Monroy, el día catorce de agosto, cuando los vio vendiendo la carne y observó que había en dicho sitio una piel colorada gatiada y luego el sábado siguiente, también los vio vendiendo carne y tenían una cabeza pintada de colorado y blanco y una piel amarilla.

En presencia de las pruebas antes relacionadas, es forzoso concluir que las aseveraciones de Ricardo Flórez en su declaración instructiva, en la cual señala a Eliécer Portilla, Francisco Antonio Portilla, Ricardo Monroy y Julián Quiñones como los sujetos que conducían el día trece de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, los semovientes hurtados a José N. Rojas y dejaron en su poder el buey que posteriormente recuperó la comisión de policía enviada de Bucaramanga, corresponden a la realidad. La circunstancia de que tales afirmaciones procedan de un sindicado, no les quita a éstas el valor probatorio que se les ha hado en el proceso, porque ellas están reafirmadas por otros elementos de prueba que las hacen verdaderas y dan la seguridad de que fue sincero en sus exposiciones. En estas condiciones, los cargos que Flórez hace contra los sentenciados, no encierran nada sospechoso ni existe un fundamento serio para presumir que hubiera tenido interés en faltar a la verdad, con la mira de eludir la responsabilidad que pudiera corresponderle por su participación en el hecho materia del proceso.

Si los dichos del mencionado Flórez no tuvieran respaldo en otras pruebas que obran en los autos, quizá habría motivos para dudar de sus aseveraciones, pero estando corroborados esos cargos con las exposiciones de las personas ya citadas, hay que reconocer que dijo la verdad al relatar los hechos en la forma en que los puntualiza en su indagatoria y posteriormente, en las varias diligencias de careo en que intervino.

En consecuencia, el cargo consistente en que no están probados el cuerpo del delito de hurto y la responsabilidad de los procesados Portilla y Monroy, debe tenerse como inexistente.

El segundo cargo que en el libelo se hace contra la sentencia recurrida, con base en las mismas causales primera y segunda, dice relación a la forma como el Tribunal de Pamplona aplicó la pena principal a los procesados.

Afirma el demandante, que no existen sindicaciones ni condenas anteriores contra Francisco Antonio Portilla y Ricardo Monroy por hurto de ganado mayor; que no se acreditó la circunstancia de que hubieran actuado en la ejecución del hecho en complicidad previamente concertada; que el consumarse el delito de noche es modalidad específica del hurto y no factor accesorio de agravación; y finalmente, que no habiéndose probado que Portilla y Monroy fueran los autores con otras personas de la sustracción de los semovientes, no pueden tenerse en cuenta para elevar la sanción, los numerales 5º y 7º del artículo 398 del C. Penal pero aunque esto se hubiera probado, tales circunstancias no serían de mayor peligrosidad, sino "parte integrante del delito de hurto de ganado mayor".

Se considera:

El Tribunal Superior de Pamplona, al individualizar la sanción imponible a los sentenciados, dice:

"...Francisco Antonio Portilla también presenta distintas sindicaciones por delitos iguales al de este proceso, y lo mismo Ricardo Monroy, mientras que Julián o Jorge Quiñones carece de todo motivo de agravación. Mas a todos cobija la del ordinal 9º del artículo 37 del Código Penal, o el haber obrado con la complicidad de otro, previamente concertada, que queda reducida a la especial que califica el delito de ejecutarse por tres o más personas reunidas, del artículo 397 (sic) del mismo Código; ordinal 5º, más las de allí, consistentes en haberlo ejecutado de noche y sobre cabezas de ganado mayor". (Fl. 20, cuaderno 2º).

Es decir, que en el fallo de segunda instancia, se tienen en cuenta como factores de agravación, los siguientes:

a) Sindicaciones anteriores por delitos semejantes al que se contempla en este proceso;

b) Complicidad previamente concertada, incluyéndola dentro de la modalidad especial prevista en el numeral 5º del artículo 398 del Código Penal, o sea, haberse realizado el hurto "por tres o más personas reunidas";

c) Haberse ejecutado el delito materia del proceso de noche; y

d) Haberse realizado el mismo delito en cabezas de ganado mayor.

En cuanto a la primera circunstancia, de autos aparece que los procesados Portilla y Monroy tienen en su cuenta varias sindicaciones por diversos delitos, pero no existe la constancia de que hubieran sido sentenciados por ninguno de ellos ni se trajeron al expediente las copias de las sentencias respectivas. De suerte que, no existe la base probatoria requerida para agravarles la sanción ni para tenerlos como reincidentes con base en aquella con-

ducta anterior. No era, por lo tanto, el caso de computarles la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal y estuvo mal aplicada esta agravante accesoria.

La complicidad previamente concertada, la incluyó el fallador de segunda instancia, dentro de la circunstancia modificadora prevista por el numeral 5º del artículo 398 del estatuto represivo y al proceder en esta forma, no hizo cosa distinta que acomodar la sentencia a la jurisprudencia de la Corte acerca de este punto, es decir, que no tomó por dos veces una misma circunstancia o lo que es lo mismo, que no se procedió con violación del principio *non bis in idem* consagrado por el artículo 37 de la ley penal.

Finalmente, la objeción relativa a las circunstancias de haberse realizado el hurto de noche y sobre cabezas de ganado mayor, no tienen ningún fundamento en el proceso. Porque como se ha dejado establecido, el delito de que aquí se trata se encuentra acreditado en sus elementos integrales, con cargo a los sentenciados, y de esas mismas pruebas, aparece que se ejecutó de noche y sobre varias cabezas de ganado mayor, por más de tres sujetos.

En consecuencia, deben prosperar las causales primera y segunda, solamente en cuanto el Tribunal incurrió en error al tomar como circunstancias de mayor peligrosidad, y tenerlas en cuenta para aumentar la sanción principal, las solas sindicaciones que arroja el expediente contra Ricardo Monroy y Francisco Antonio Portilla. Y como ese hecho influyó para aumentar la pena a dichos sujetos, debe invalidarse la sentencia recurrida en cuanto a que dicha agravación es improcedente.

Causal tercera.—Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder

Dice el representante de los procesados, que la sentencia del Tribunal está en desacuerdo con los autos de detención —que en los juicios por el procedimiento de la llamada Ley Lleras—, como ocurre en el caso presente, deben asimilarse al auto de proceder dictado en los negocios seguidos por el procedimiento penal ordinario, en lo que concierne a la época y el lugar donde el delito se cometió.

El señor Procurador Delegado en lo Penal, dice a este respecto:

"Pero a esto es suficiente contestar que en los negocios adelantados por el procedimiento de la ley 48 de 1936 no existe el auto de proceder, sino el de detención; que una y otra providencia son de distintos contenido y alcance, por lo cual no pueden quedar, jurídicamente, en el mismo pie de igualdad; y que, aún admitiendo que la detención y el llamamiento a juicio sean equivalentes, el desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder a que alude la causal tercera de casación, se refiere primordialmente a la denominación genérica del delito, que se le haya dado en la parte resolutiva del enjuiciamiento, y no a la especie y demás circunstancias modificadoras que en tal auto se hayan determinado. Ello, porque, al tenor de la firme jurisprudencia de la H. Corte, lo inmodificable del auto de proceder es sólo la calificación genérica del ilícito, por cuanto la específica está sujeta a rectificaciones ulteriores, de acuerdo con lo probado y alegado en el curso del debate.

"Y en el presente asunto, el auto de detención preventiva comprendió el delito de hurto, y esta infracción fue la reprimida en la sentencia. Hay, pues, consonancia en ambas piezas procesales.

"Por otra parte, si acaso hubo error acerca de la época y el lugar del delito, su enmienda habría que hacerla mediante la causal cuarta —nulidad del juicio— que, se repite, el demandante omitió aducir y sustentar".

Los anteriores razonamientos los acoge la Sala en su integridad y consecuencialmente, la causal tercera es absolutamente inoperante.

Como se ha aceptado que debe prosperar el recurso de casación en lo que respecta a las causales primera y segunda, en cuanto se incurrió en error en la sentencia recurrida al apreciar como circunstancia de mayor peligrosidad para aumentar la sanción, las sindicaciones anteriores de los procesados, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, debe invalidarse el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo.

La norma básica violada con el delito de hurto que es objeto del proceso, es el artículo 1º de la ley 4ª de 1943, que señala una sanción de seis meses a seis años de prisión. Si se tiene en cuenta que los semovientes sustraídos fueron siete y que al hecho concurrieron tres de las circunstancias modificadoras previstas por el artículo 398 del Código Penal (las contempladas por los numerales 4º, 5º y 7º), hay que convenir que el hurto tuvo en este caso una gravedad especial, que debe tenerse en cuenta para no aplicar a los responsables el mínimo de la pena, lo cual está conforme con el ordenamiento contenido en el artículo 36 de la obra citada.

Es por tanto, equitativo, fijar en tres años la pena básica para los procesados Portilla y Monroy, con un aumento de dos terceras partes con base en

lo dispuesto por el mencionado artículo 398 del estatuto represivo, es decir, que debe imponérseles en total cinco años de prisión. En todo lo demás, debe quedar en firme la sentencia materia del recurso, con la reducción correspondiente en cuanto a las penas accesorias.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde en parte con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y en su lugar, condena a Francisco Antonio Portilla y a Ricardo Monroy, como responsables del delito de hurto de que se les procesa en estas diligencias, a la pena principal de cinco años de presidio, a cada uno; también los condena a las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas, a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial y a la suspensión de la patria potestad, si la tuvieren, por un lapso igual al de la pena principal, dejando en firme aquel fallo, en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez — Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE HOMICIDIO. — CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS Y CIRCUNSTANCIAS DE PELIGROSIDAD

Existe diferencia sustancial entre las circunstancias modificadoras (como la del art. 28 del C. P.) y las de la peligrosidad (art. 37 ib.), y al Jurado corresponde la calificación de las primeras y al Juez y Tribunal la de las segundas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintidos de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Francisco Antonio y Juan de Dios López (de 24 años el primero, y de 30 el segundo, en 1947, hermanos entre sí), interpusieron casación (cuya demanda la formuló su defensor) contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del diez y nueve de junio del año pasado, por la cual —con aplicación de los arts. 37 y 362 del Código Penal— fueron condenados a diez años el primero y ocho años y medio el segundo, como autores del homicidio en Efraim Moreno, cometido en la población de Bolívar (Antioquia) la tarde del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete.

Formulada y contestada oportunamente la demanda —con referencia a las causales primera y segunda sin que los respectivos temas se hubieran debatido en pública audiencia, la Corte decide aquí el recurso, previo examen de las exposiciones de las partes.

I. — El proceso contra los López

La causa del dramático choque entre Moreno y los López se remonta —según los datos del proceso— al incidente ocurrido la noche en que, un año antes, Efraim Moreno y su esposa, celebraban, en casa de Emilio Quiroz, el primer aniversario de su matrimonio. Entre los concurrentes estaba el joven Francisco López quien, después de que Moreno —por causa de la hora— insinuó a aquéllos que debía terminarse, invitó a bailar a la esposa del primero, y como se rechazara a ello porque Moreno se lo hubiera prohibido, López amenazó que la abofetearía si bailaba con otro. Este incidente creó entre los Morenos y los López tal resentimiento, que la autoridad en alguna ocasión hubo de intervenir para que guardaran la paz, intervención que —según los datos del proceso— no tuvo el resultado previsto.

En la tarde del siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete —efectivamente— Efraim y José Moreno, acompañados de Angel José Arboleda, entraron a la cantina de Anselmo Agudelo, en la que estaba Juan de Dios López. Este salió y regresó casi inmediatamente con su hermano Francisco, el que, esgrimiendo un machete, retó a Moreno. Así se inició la agresión en la cual intervinieron momentos después Ricardo, Juan de Dios y Jesús López (hermanos de Juan Francisco); el agredido logró defenderse y salir de la cantina sin que en esta primera etapa hubiera sido herido.

Ya en la calle, nuevamente desafiado, Moreno aceptó la pelea con uno solo, mas en vez de ser atendido se le abalanzaron a agredirlo, momento en el cual Moreno, en este choque, causó a Francisco una lesión en la cara. Incapaz, por el número, de hacerles frente a los cuatro, penetró a una casa vecina perseguido por aquéllos, y como al salir tropezara, Juan López se aprovechó para asestarle una puñalada, y luégo otra al alcanzarlo en la carrera. Ya herido, y furiosamente perseguido, Moreno irrumpió en la casa de Georgina Velásquez donde, caído en el corredor, Francisco López le asestó los varios machetazos en la cabeza que le causaron la muerte poco después.

Realizado el proceso, en él se dictaron las siguientes providencias y actos, cuya referencia tiene relación con el recurso:

a) Auto del veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, por el cual el Juez 5º Superior de Medellín, abrió juicio criminal contra Francisco Antonio, Juan de Dios y Ricardo López, previa calificación del homicidio como voluntario, con exclusión expresa de toda justificación o atenuación;

b) Auto del Tribunal Superior de Medellín, del veintiuno de febrero de mil novecientos cincuenta, por medio del cual confirmó el del Juez, no sin

hacer expresa mención a la calidad de voluntario del homicidio;

c) Decisión del Jurado, según la cual, Francisco, Juan de Dios y Ricardo López son responsables, en concurso recíproco, de haber lesionado a Efraim Moreno, con el propósito de matar, "en estado de ira e intenso dolor causado por la herida ocasionada a su hermano (Francisco)";

d) Sentencia de primer grado, del veintitres de octubre del mismo año, por la cual Francisco Antonio, Juan de Dios y Ricardo López fueron condenados a ocho años y medio de presidio el primero y ocho años y dos meses los otros, y

e) Sentencia de segundo grado, del diez y nueve de junio del año pasado, por la cual —por causa de la gravedad y modalidades del delito, sus motivos innobles y fútiles, y la posición de indefensión en que fué lesionado— aumentó el tiempo de la pena, a diez años el primero y a ocho años y medio los otros.

III. — El examen del recurso

Por dos motivos el recurrente impugnó la sentencia: porque el Tribunal aplicó los arts. 36 y 39 del Código Penal, en vez del art. 28, siendo evidente que los procesados actuaron en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, y también porque —por virtud de errónea apreciación de los hechos— se les imputó circunstancias de mayor peligrosidad inexistentes y se desatendieron otras de menor peligrosidad existentes.

El estudio del recurso, como de lo anterior se desprende, se dirige a precisar la diferencia entre las circunstancias modificadoras del delito y la responsabilidad y las circunstancias de peligrosidad por una parte, y entre las entidades a las cuales —conforme a la ley y a la doctrina— corresponde su apreciación por la otra.

Las normas tenidas en cuenta en el análisis de los temas propuestos por el recurrente a la Corte, son las siguientes:

a) Los arts. 28 y 29 de la Ley 4ª de 1943, según los cuales en el cuestionario se deben determinar el hecho materia de la causa y las circunstancias que lo constituyan, las cuales el jurado puede rechazar si juzga que son otras, diversas de aquéllas, las en que se ha cometido;

b) El art. 480 del Código de Procedimiento Penal, según el cual la sentencia debe dictarse de acuerdo con la calificación que el jurado dé a los hechos, y

c) El art. 499, según el cual corresponde a los Jueces de derecho la apreciación y calificación de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean constitutivas o modificadoras del delito (cuya apreciación y calificación es atribución privativa del jurado, añade la Corte).

Ninguna de las dos objeciones puede —legalmente— prosperar, por las siguientes obvias razones:

No la primera, porque si bien es cierto que el defensor hizo muy laudables esfuerzos para que el jurado —con fundamento en la herida que Moreno causó a Francisco López después del reto de éste a aquél— diera a tal herida el carácter de provocación grave e injusta, aquél debió considerar a fondo el motivo tan fútil (la negativa de la esposa de Moreno a bailar con Francisco López un año antes) que provocó este innoble sentimiento vindicativo, el reto de éste a Moreno el día del delito, el ataque conjunto de los cuatro hermanos y luégo la despiadada ultimación dentro de la casa en la cual había penetrado para defenderse, y en cuyo corredor, ya caído, recibió los crueles machetazos que le asestó Francisco. Si el Jurado, pues, se limitó a aceptar que fué la herida de Moreno a Francisco la circunstancia que dió origen al delito, apenas hizo referencia al motivo, pero no a la excusa de la provocación, que el jurado, según la ley y la doctrina debe expresar con toda claridad y precisión. Y si el recurrente creyó en una posible contradicción entre el veredicto y la sentencia —que es la objeción que podía formularse— era la causal tercera y no la primera la conducente.

Tampoco la segunda objeción, porque la coparticipación de los cuatro hermanos (uno de ellos bajo la jurisdicción del Juez de Menores), el reto conjunto a Moreno, su caballerosa aceptación con uno solo de aquéllos, la fuga, la cruel persecución aún dentro de las casas en que quiso guarecerse, y finalmente, el estado de indefensión absoluta en que se hallaba cuando fué ultimado todo ésto comprobado mediante afirmación de los testigos que presenciaron la tragedia, entre ellos los habitantes de tales casas, excluyen toda tacha de una errada apreciación de la prueba sobre la peligrosidad de los procesados. El Juez al ejercer la facultad que le otorga el art. 499, no incurrió, pues, en error alguno.

IIII. — Decisión del recurso

Considerando, pues, que hay diferencia sustancial entre las circunstancias modificadoras (como

la del art. 28) y las de la peligrosidad (art. 37), que al jurado corresponde la calificación de las primeras y al Juez y Tribunal la de las segundas, que el veredicto —a menos que sea contradictorio— sólo puede ser objetado en las instancias, que Efraim Moreno lesionó a Francisco López cuando éste y sus hermanos lo atacaron, y que la gravedad, motivos y circunstancias del delito, comprueban la peligrosidad de los procesados, se concluye que el Tribunal, al rechazar la excusa de la provocación y al sancionarlos con base en los arts. 36, 37 y 362 del Código Penal y 480 y 499 del de Procedimiento Penal, ajustó estrictamente su fallo a la ley, a la doctrina y a la verdad del proceso.

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 NO CASA la sentencia recurrida, del diez y nueve de junio del año pasado, por la cual Francisco Antonio y Juan de Dios López fueron condenados por el homicidio en Efraim Moreno.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO EL ABANDONO DEL CARGO CONFIGURA EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD

La ley penal, en su artículo 178, dice que el funcionario o empleado público que, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo, incurrirá en multa de cinco a trescientos pesos.

De acuerdo con la norma antes relacionada, para que se estructure el delito de abuso de autoridad, por abandono del cargo, es indispensable que no haya causa justificativa de ese abandono, es decir, que sea inmotivado y carente de una causa legítima.

En el caso de autos, es cierto que el funcionario procesado se ausentó del lugar donde ejercía las funciones de Juez de Circuito, antes de que se posesionara el individuo que había sido nombrado para reemplazarlo durante la licencia que le había sido concedida, pero esa ausencia no se produjo sin causa justificada, toda vez que ella obedeció a enfermedad grave en su persona, que le imponía la necesidad de trasladarse a esta ciudad de Bogotá, para sujetarse a un tratamiento adecuado, que restableciera su salud afectada por una eczema en el rostro. Es verdad que no se trataba de una enfermedad que lo obligara a guardar cama, pero sí de una dolencia que por el aspecto antiestético y desagradable que presentaba, lo mantenía aislado y en condiciones de no poder desempeñar debidamente los deberes de su cargo, puesto que le vedaba la presentación en público y el contacto con las personas que por cualquier motivo tenían que tratar con él. De suerte que sí puede sostenerse que dadas las características externas de la enfermedad del procesado y las funciones inherentes a su cargo, se trataba de una enfermedad grave, que justificaba ampliamente su ausencia de la oficina, para buscar el tratamiento conveniente a su salud, en un lugar donde pudiera ser tratado científicamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de San Gil, su auto de fecha veinte de noviembre pasado, por el cual sobresee definitivamente a favor del doctor Roberto Guarín Rueda por los cargos que se le hacen en este proceso, relacionados con el delito de abuso de autoridad de que aparece sindicado.

Habiéndose obtenido el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, se pasa a resolver lo que sea legal.

Hechos:

De autos aparece que el doctor Roberto Guarín Rueda, ejercía el cargo de Juez 1º Penal del Circuito de Vélez y el día siete de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, se trasladó a Bogotá, dejando vacante aquel empleo. Al día siguiente de la ausencia del doctor Guarín, el Alcalde y el Personero del Municipio de Vélez practicaron una visita al Juzgado en referencia y hallaron que el titular de esta Oficina se encontraba ausente, por lo cual suspendieron la diligencia, dejando la constancia respectiva. Sólo hasta el veintinueve o treinta del mes de abril citado, regresó a Vélez el mencionado doctor Guarín Rueda e hizo entrega del Juzgado al doctor Diego Pinzón, quien había sido nombrado para reemplazarlo.

Resultandos:

Con las copias del Acuerdo de nombramiento hecho por el Tribunal Superior de San Gil, en la persona del doctor Roberto Guarín Rueda, para el cargo de Juez 1º Penal del Circuito de Vélez, en el período judicial que inició el día primero de julio de mil novecientos cuarenta y siete; y de la diligencia de posesión respectiva, y con la certificación del alcalde de Vélez, de que en la fecha en que se realizó el hecho investigado se encontraba en ejercicio de tales funciones, aparece acreditada la calidad oficial de aquel sindicado (fs. 6 v. a 10).

La ausencia del procesado de la Oficina a su cargo, a partir del día siete de abril de 1948, está establecida con la manifestación que los empleados subalternos del Juzgado hicieron al alcalde y Personero municipales de Vélez, cuando se presentaron a practicar la visita de que se ha hablado y que fue consignada en esta diligencia.

Indagado el doctor Guarín Rueda, dice:

"...Sírvase decir dónde se encontraba usted durante los días comprendidos del 7 al 30 de abril último, en compañía de quién o quiénes, de qué se ocupó, de qué trató o habló y qué hechos particures ejecutó? *Contestó*: Bueno; tuve necesidad de viajar inesperadamente de Vélez a Bogotá el 7 de abril último por motivos de salud. En efecto, hallándome desempeñando el cargo de Juez 1º Penal del Circuito de Vélez en el mes de marzo, se me presentó una novedad en la cara, eczema que me estuvo tratando en aquella población el doctor Carlos Rodríguez Gutiérrez. Como se trataba de una enfermedad que necesitaba análisis de laboratorio que no era posible conseguir en Vélez, resolví desde esa época viajar a Bogotá para conseguir una curación o tratamiento adecuado, que fuera definitiva. Por tal motivo y otros motivos de otro orden, resolví pedir licencia, separarme del cargo, lo que obtuve el primero de abril según telegrama recibido de la Gobernación del Departamento de Santander que presento para que sea agregado a esta diligencia. El telegrama a que me acabo de referir es contestación a este otro que igualmente presento en que yo instaba para que se me concediera la licencia a la mayor brevedad. También presento una constancia de la Caja de Previsión Social, Servicio Médico, fechada el ocho de abril en que constan las gestiones que hice para que se me practicaran los exámenes de laboratorio a que me he referido. Concedida la licencia esperé pacientemente hasta el seis de abril para que se me designara el respectivo reemplazo, lo que ocurrió en tal fecha, habiendo sido nombrado el doctor Pinzón, Juez Municipal de Vélez. Pero por circunstancias inesperadas el doctor Pinzón no pudo tomar posesión el día siete como estaba convenido. En tales circunstancias, como en mi concepto el asunto de mi enfermedad no daba espera resolví como dije al principio viajar a Bogotá, no con el propósito de abandonar el empleo que desempeñaba sino el de atender a mi salud en forma rápida y regresar luego a Vélez y entregar el Despacho del Juzgado a mi sucesor. El día siete como está dicho me vine hacia Bogotá de Vélez en las horas de la tarde, llegando a ésta el mismo día por la noche. Una vez aquí en Bogotá y cuando me disponía a visitar al médico previo el examen de laboratorio que me iba a mandar hacer, me sorprendieron los sucesos del nueve de abril que me impidieron toda movilidad, privándome de regresar a Vélez hasta la última semana de abril en que lo hice, llegando a ésa el 29 o 30, talvez el 29. Debo hacer notar que con mi forzada ausencia del Juzgado no se perjudicó en lo más mínimo la administración de justicia por cuanto el despacho que estaba más o menos al día, y a mi regreso no encontré ninguna solicitud pendiente que necesitara una resolución inmediata tal como solicitud de una excarcelación, etc." (Fs. 14 y 15).

Los telegramas a que se refiere el doctor Guarín Rueda, son del tenor siguiente:

"Vélez, abril 1º de 1948 — Gobernador. Bucaramanga. — Respetuosamente reitérole solicitud telegráfica hícele desde veintinueve (29) marzo, fin obtener licencia separarme transitoriamente cargo desempeño. Espero respuesta inmediata. Atentamente. Roberto Guarín Rueda".

"Secretaría Gobierno—Bucaramanga, 2 abril de 1948—Doctor Roberto Guarín Rueda — Vélez. Número 1855—Por decreto 061 de fecha primero corrientes Gobernación concedióle licencia por término sesenta días para separarse cargo Juez Primero Penal Circuito Vélez he dado aviso Tribunal.—Luis Alfredo García".

El médico doctor Carlos Rodríguez Gutiérrez, a quien el procesado cita en su indagatoria, manifiesta:

"...Efectivamente en los primeros meses de este año, con fecha precisa que no puedo afirmar, pero en todo caso anterior al nueve de abril, estuve tratando al doctor Guarín Rueda, para una enfermedad de la piel que diagnostiqué como eczema y que estuvo localizada preferentemente en la cara. Fue una afección aguda, que si bien no lo obligó a guardar cama, sí por el aspecto antiestético y desagradable que presentaba en un lugar tan visible como el rostro, lo mantuvo hasta cierto punto aislado y en condiciones de inferioridad muy claras, para que él pudiera presentarse en los lugares donde los deberes de su profesión lo demandaban. El tratamiento se prolongó por espacio de unos diez y ocho días, habiendo alcanzado el doctor Guarín si no una curación completa, sí una mejoría muy satisfactoria". (Fl. 20 v.).

También obra en los autos (fl. 19) una boleta del Servicio Médico de la Caja Nacional de Previsión, fechada el 8 de abril de 1948, para el doctor Patiño Gaitán, enviándole al doctor Roberto Guarín, quien necesitaba ser examinado.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario manifiesta, que los documentos reunidos en el proceso, demuestran que la intención del Juez acusado no fue la de abandonar su empleo, sino por el contrario, separarse por un tiempo prudencial para someterse a tratamiento. Y agrega:

"Indudablemente la novedad que sufría el doctor Guarín y que afectaba la estética del rostro, determinaron en él, como era natúral, una gran preocupación y un deseo de recuperar pronto su salud, por los medios más adecuados. Y uno de esos medios era el de trasladarse sin demora a Bogotá, donde había mejores y más eficaces facilidades para su curación.

"Y esa enfermedad era causal justificativa de la separación inmediata del cargo, mediante licencia, sin que fuese necesario esperar el reemplazo, según el artículo 298 del Código Político y Municipal. El Juez acusado esperó, sin embargo, cuatro días, y sólo al final de ellos se retiró, en vista de que no llegaba la persona designada.

"Pero aún en el caso de que se interpretara la frase "cuando se conceda una licencia con justa causa" (artículo 298 citado), en el sentido de que la autoridad que otorga la licencia debe reconocer la "justa causa", es presumible que el doctor Guarín Rueda la hubiera manifestado al Gobernador de Santander, dado el contenido de urgencia del telegrama del folio 18 del cuaderno principal, que dice:

"Respetuosamente reitérole solicitud telegráfica hícele desde veintinueve (29) marzo. Espero respuesta inmediata".

"Este mensaje se introdujo al telégrafo el 1º de abril de 1948, según aparece del sello de la oficina respectiva.

"Por otra parte, se halla establecido que el doctor Guarín no pudo regresar oportunamente a su Juzgado, por fuerza de los graves acontecimientos del 9 de abril de 1948, y que, durante su justificada ausencia, ni la administración pública ni los particulares sufrieron perjuicio alguno".

Se considera:

La calidad oficial del funcionario sindicado, se halla debidamente demostrada con los documentos ya mencionados en esta providencia, de suerte que, la Corte es competente para resolver en segunda instacia sobre la legalidad del sobreseimiento definitivo consultado.

Las pruebas que se dejaron relacionadas, que son todas las que contiene el informativo, demuestran que efectivamente el doctor Guarín Rueda se ausentó de la población de Vélez, donde ejercía el cargo de Juez Primero Penal del Circuito, sin que lo hubiera reemplazado en este cargo la persona designada por el Tribunal de San Gil para que ejerciera esas funciones durante la licencia que se le había concedido. Estas mismas pruebas, acreditan que el doctor Guarín Rueda se ausentó veintiuno o veintidós días y que durante este lapso, estuvo vacante la oficina en mención. También es un hecho que se halla demostrado, que ese retiro obedeció exclusivamente a motivos de enfermedad y que su ausencia se prolongó por más del tiempo que creyó necesario el procesado, por circunstancias ajenas a su voluntad, como lo fueron los sucesos del día nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, que hicieron imposible su regreso a la mencionada ciudad.

La ley penal en su artículo 178, dice que el funcionario o empleado público que, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo, incurrirá en multa de cinco a trescientos pesos.

De acuerdo con la norma antes relacionada, para que se estructure el delito de abuso de autoridad, por abandono del cargo, es indispensable que no haya causa justificativa de ese abandono, es decir, que sea inmotivado y carente de una causa legítima.

En el caso de autos, es cierto que el funcionario procesado, se ausentó del lugar donde ejercía las funciones de Juez de Circuito, antes de que se posesionara el individuo que había sido nombrado para reemplazarlo durante la licencia que había solicitado y que le había sido concedida, pero esa ausencia no se produjo sin causa justificada, toda vez que ella obedeció a enfermedad grave en su persona, que le imponía la necesidad de trasladarse a esta ciudad de Bogotá para sujetarse a un tratamiento adecuado, que restableciera su salud afectada por una eczema en el rostro. Es verdad que no se trataba de una enfermedad que lo obligara a guardar cama, pero sí de una dolencia que por el aspecto antiestético y desagradable que presentaba, lo mantenía aislado y en condiciones de no poder desempeñar debidamente los deberes de su cargo, puesto que le vedaba la presentación en público y el contacto con las personas que por cualquier motivo tenían que tratar con él. De suerte que, sí puede sostenerse que dadas las características externas de la enfermedad del doctor Guarín Rueda, y las funciones inherentes a su cargo, se trataba de una enfermedad grave, que justificaba ampliamente su ausencia de la oficina, para buscar el tratamiento conveniente a su salud en un lugar donde pudiera ser tratado científicamente.

De otro lado, el doctor Guarín Rueda no tuvo in-

tención de dejar el empleo y perjudicar la administración pública, puesto que hizo todas las gestiones conducentes a que se le nombrase reemplazo durante su ausencia y sólo abandonó su cargo cuando tuvo noticia de que ya había sido designada la persona que debía ejercer las funciones de Juez Penal del Circuito de Vélez.

La dejación dolosa de los deberes que el cargo impone a los funcionarios públicos, supone en éstos intención dolosa, es decir, conocimiento de que con su ausencia va a producirse daño en la administración pública, pero este elemento esencial del delito que se estudia, no se deduce de las constancias procesales. A esta conclusión se llega, teniendo en cuenta las gestiones que el doctor Guarín Rueda hizo para que se le nombrara reemplazo en el tiempo que durara su ausencia y además, porque sólo tuvo en mira ausentarse por unos pocos días y si este lapso se prolongó, fue por circunstancias independientes de su voluntad, que no podía prever.

En consecuencia, no reuniéndose en el caso presente los elementos que estructuran el delito de abuso de autoridad de que aquí se trata, la providencia que es objeto de la consulta, debe confirmarse.

Pór lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre.

Luis Gutiérrez Jiménez — Angel Martín Vásquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION ORDINARIA DE QUE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS SON DE PROPIEDAD PRIVADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Al iniciarse estos juicios ordinarios contra la Nación, que fueron acumulados por providencia veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y uno (f. 4 v. del cuad. Nº 3), se impetraron las siguientes declaraciones:

"Que el doctor Ramón S. Pinzón es dueño del petróleo que se encontrare en un terreno de su propiedad denominado 'PERICO', situado en jurisdicción de Beltrán, Departamento de Cundinamarca, y alinderado así: Desde el río Magdalena en el punto donde desemboca una zanja, límite conocido entre los potreros de Santa Bárbara y El Paraíso, por toda la zanja arriba hasta el punto donde principia una cerca de piedra; de allí siguiendo por toda ella hasta encontrar un grupo de piedras grandes que sirven de cerca; desde la última piedra de este grupo que está marcada con un cero 0, mirando hacia el oriente, hasta un mojón fijado en la cerca divisoria entre este terreno y el de La Quebrada, hoy llamado tanque, que fué de Sibares Díaz, hoy de la sociedad Afanador Salgar Hnos.; de aquí, siguiendo la línea divisoria por toda la cuchilla hasta la última lomita de ella donde hay un mojón colindando con terrenos del citado Sibares Díaz, hoy Afanador Salgar Hnos.; de aquí, siguiendo por la misma colindancia, línea recta a dar a la punta de la cuchilla más alta, donde se encuentra un mojón; de aquí, volviendo hacia la izquierda, en línea recta a la loma Colorada, lindando con terrenos de Pital que fueron del señor Justino Ospina, después de la Shell; de aquí, mirando hacia el occidente, línea recta al alto denominado Las Cruces, de éste línea recta hasta el punto denominado Las Ceibitas a orillas del río Magdalena, pasando por un cerco de piedra que divide los predios de Perico con los de Colombaima; de aquí por la margen del río Magdalena aguas abajo hasta encontrar la desembocadura de la zanja citada como primer lindero"; y

"Que la sociedad **Afanador Salgar Hermanos Limitada** es dueña del petróleo que se encontrare en los terrenos de su propiedad denominados "Gramalotal" y "Santa Bárbara", situados en jurisdicción del Municipio de Beltrán, Departamento de Cundinamarca, alinderados respectivamente así:

"**Gramalotal:** Del mojón situado en el alto del Rey, en la colindancia con terrenos de la antigua hacienda de Paquiló, actualmente con El Pital, que formó parte de dicha hacienda, se toma línea recta al punto o mojón situado en Aguablanca, o sea en la parte más alta del contrafuerte de ese nombre y que queda inmediato a la fuente del mismo nombre; del mojón de Aguablanca, mirando al occidente, línea recta con azimut magnético de trescientos grados cincuenta minutos (300º 50'), al mojón que divide el terreno de la Escuela de Beltrán, del que fué de Tomasa Ardila; de aquí siguiendo los linderos y cerca divisoria del lote de Tomasa Ardila, al río Magdalena; río arriba hasta encontrar la cerca divisoria con terrenos de Santa Bárbara; por toda esta cerca hasta encontrar los terrenos del Tanque, que fueron de Sibares Díaz, actualmente de Afanador Salgar Hnos. Ltda.; de aquí, volviendo hacia la izquierda siguiendo la misma colindancia con Tanque por una cerca hasta encontrar una piedra grande marcada con una cruz; de esta piedra grande marcada con una cruz, se sigue por la cerca hasta la orilla de la quebrada Seca o Mínica, donde se encuentra un mojón; se sigue por todo el cauce de dicha quebrada aguas arriba hasta un punto donde desemboca en la quebrada Seca o Mínica, o sea donde se une a la quebrada del Chivo la conocida hoy con el nombre de quebrada Sucia para formar la Seca o Mínica; de este punto se sigue por todo el curso

de la quebrada del Chivo aguas arriba hasta un mojón colocado en la piedra grande que se encuentra en una isla dentro de la mencionada quebrada del Chivo; de este mojón se mide una línea que tiene mil cincuenta y nueve metros cuarenta y dos centímetros (1.059,42 m) de longitud y rumbo verdadero de veintidos grados cincuenta y cinco minutos suroeste, línea que termina en el punto de intersección de la quebrada Sucia con la línea de colindancia de la hacienda de Pital, lugar donde se encuentra un mojón; y de este punto, línea recta colindando con Pital al mojón situado en el alto del Rey.

"**Santa Bárbara:** Desde el desemboque en el río Magdalena de la zanja que lo separa del predio llamado antiguamente Paraíso, conocido actualmente con el nombre de Perico de propiedad del doctor Ramón Pinzón, se sigue río Magdalena abajo hasta la desembocadura de la quebrada Seca o Mínica; de aquí, por toda la quebrada arriba, hasta encontrar una cerca lindero con el potrero llamado antiguamente La Quebrada, donde hay una piedra negra marcada con una cruz a orillas de la nombrada quebrada; de allí tomando hacia el sur, por una piedra grande y otras siguientes marcadas como mojones, colindando con el predio llamado El Tanque, actualmente de propiedad de Afanador Salgar Hermanos hasta encontrar un mojón o piedras en la colindancia con terrenos de Paraíso, que fueron propiedad de Aristides Molina, y ahora se conocen con el nombre de Perico, de propiedad del doctor Ramón Pinzón; este punto, tomando línea recta hacia el Magdalena, a encontrar la cerca divisoria de piedras entre los expresados terrenos hasta su terminación en una zanja; y por toda ella hasta su desembocadura en el río Magdalena, primer lindero citado".

Como hechos de una y otra demanda, se expusieron los que en seguida pasan a sintétizarse:

a) Los predios denominados "Perico", "Gramalotal", y "Santa Bárbara", anteriormente descritos, se hallan comprendidos dentro del polígono de la propuesta de exploración y explotación de petróleos Nº 389, de la Tequendama Petroleum Company, propuesta que fué admitida por el Ministerio de Minas y Petróleos mediante Resolución 561 de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

b) El dominio privado de los terrenos llamados "Perico" (de Ramón S. Pinzón) y "Gramalotal" y "Santa Bárbara" (de la sociedad Afanador Salgar Hermanos Ltda.) deriva de la adjudicación que de dichos terrenos "se hizo el 7 de noviembre de 1853 a la sociedad Montoya Sáenz & Compañía en las diligencias sobre distribución y partición de los Resguardos de Indígenas de Ambalema, decretada por don José María Samper, Jefe Político del Cantón de Ambalema, por Decreto de fecha 27 de enero de 1852".

c) Los linderos de los Resguardos de Indígenas de Ambalema, por la parte oriental del Magdalena, eran los siguientes: "Desde la unión de la quebrada de la Calacala con el río Magdalena, esta quebrada arriba hasta su origen en el cerro de Mohán; de aquí, buscando el origen de la quebrada Lucuchuta, que es en el mismo cerro, y quebrada abajo hasta ponerse frente a la loma del Rey; de esta loma de travesía para el Norte hasta encontrar la cuchilla nombrada La Colorada; de ésta hasta llegar al cerrito de Las Cruces; y de éste línea recta al río Magdalena; y río Magdalena abajo hasta llegar a la confluencia de éste con la quebrada de la Calacala, primer lindero".

ch) Los predios llamados "Perico", "Gramalotal" y "Santa Bárbara", atrás alinderados, están comprendidos dentro de los linderos del Resguardo de Indígenas de Ambalema.

d) El Resguardo de Indígenas de Ambalema poseyó sus terrenos desde tiempo inmemorial, y tanto las autoridades españolas durante la Colonia como las autoridades de la República, reconocieron y ampararon los derechos de dominio de los indígenas y su posesión; por lo cual, ellos tenían a su favor la prescripción adquisitiva del dominio, que transmitieron a sus sucesores.

Los demandantes, a tiempo que acompañaron a sus libelos algunas pruebas, alegaron en derecho "lo dispuesto por las leyes 37 de 1931, 160 de 1936, Decreto Extraordinario Nº 10 de 1950 y Decreto Nº 2169, de 1950".

De las demandas en cuestión se dió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien las contestó manifestando no constarle ninguno de los hechos expuestos; después se continuó la actuación correspondiente, practicándose las pruebas solicitadas en oportunidad por los demandantes; y finalmente se recibieron los alegatos de las partes y se citó a éstas para sentencia.

Con lo cual, concluída la tramitación en única instancia de estos juicios acumulados, se procede a resolver seguidamente lo que en derecho corresponda.

Los títulos actuales

De acuerdo con los certificados de las respecti-

vas oficinas de registro y las escrituras públicas traídas a estos autos, en copias debidamente registradas, la propiedad de los terrenos a que se refiere este proceso pertence a los demandantes, mediante una tradición saneada de más de treinta años, así:

Perico

1º—Este globo lo adquirió el señor Ramón S. Pinzón por compra a la señora María Antonia Molina de Millán, conforme a las escrituras números 319 y 1799 de fechas 20 y 27 de julio de 1926, de las Notarías del Circuito de Ambalema y Segunda del Circuito de Bogotá, respectivamente (fs. 2 a 13 del cuad. 1).

2º—La señora Molina de Millán llegó a ser dueña de la tercera parte de dicho terreno por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión del señor Aristides Molina, protocolizado por medio de la escritura Nº 1351 de 21 de noviembre de 1923 de la Notaría Quinta de Bogotá; y de las otras dos terceras partes por compra a los señores Miguel Leonidas Molina y Eudoro Molina, mediante escrituras Nº 2436 de 5 de noviembre de 1924 de la Notaría Segunda de Bogotá y Nº 1074 de 29 de junio de 1925 de la Notaría Cuarta de Bogotá, quienes a su turno habían adquirido sus cuotas en el juicio sucesorio antes mencionado (fs. 14 a 21 del cuad. Nº 1 y fs. 42 v. a 46 del cuad. Nº 2).

3º—El señor Aristides Molina había comprado el terreno al señor Rafaél Duarte, como consta en la escritura Nº 131 de 17 de mayo de 1893 otorgada en Guaduas (fs. 38 y 39 del cuad. Nº 2).

4º—De aquí para atrás la tradición continúa ininterrumpida hasta el 7 de noviembre de 1853, en que se le adjudicó un terreno de mayor extensión a la Casa Montoya, Sáenz & Compañía, dentro de las diligencias judiciales sobre distribución y partición de los Resguardos de Indígenas de Ambalema, por ser dicha sociedad cesionaria de un grupo de indígenas (fs. 18 v. y 19 del cuad. Nº 3 bis).

Gramalotal

1º—Esta finca la adquirió la sociedad demandante "Afanador Salgar Hermanos Limitada" por medio de la escritura Nº 2164 de 28 de diciembre de 1940 de la Notaría Quinta de Bogotá, al hacerse la liquidación y distribución de bienes de la sociedad "Laboratorios Afanador Salgar S. A."; habiéndose aclarado los linderos por la escritura Nº 2493 de 19 de octubre de 1944 de la misma Notaría Quinta de Bogotá, con los dueños de predios colindantes (fs. 58 a 60 y 67 a 70 del cuad. Nº 3 bis).

2º—Laboratorios Afanador Salgar S. A. había adquirido el inmueble por compra al señor Abraham Afanador, por escritura Nº 3723 de 25 de noviembre de 1938 de la Notaría Primera de Bogotá (fs. 56 a 57 vto. del cuad. Nº 3 bis).

3º—El señor Abraham Afanador llegó a ser dueño del terreno por compra a María Luisa, Tulia, Balbina, Dolores, Isabel y Ricardo Perdomo, mediante escritura Nº 179 de 31 de marzo de 1919 de la Notaría Quinta de Bogotá (fs. 53 a 55 del cuad. Nº 3 bis).

4º—De para atrás la tradición continúa hasta la adjudicación de un globo de mayor extensión a la Casa Montoya, Sáenz & Compañía, en el año de 1853, al hacerse la partición judicial de los Resguardos de Indígenas de Ambalema (fs. 18 vto. y 19 del cuad. Nº 3 bis).

Santa Bárbara

1º—Este predio lo, hubo la sociedad demandante "Afanador Salgar Hermanos Limitada" por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de la señora Marciana Santos de Bastos, protocolizado por medio de la escritura Nº 3344 de 24 de noviembre de 1950 de la Notaría Octava de Bogotá (fs. 19 a 21 vto. del cuad. Nº 2 bis).

2º—La señora Santos de Bastos lo había adquirido por compra al señor Anacleto Enciso, conforme a la escritura Nº 61 de 26 de agosto de 1885 de la Notaría de San Juan de Rioseco (fs. 16 a 18 del cuad. Nº 2 bis.).

3º—De aquí hacia atrás la tradición del inmueble se extiende hasta el año de 1853, en que se hizo la distribución de las tierras del Resguardo de Indígenas de Ambalema, adjudicándose un globo de mayor extensión a la Casa Montoya, Sáenz & Compañía (fs. 18 v. y 19 del cuad. Nº 3 bis).

El título emanado del Estado

Como se ha visto y lo alegan los demandantes, los tres terrenos sobre que versa este negocio hacían parte de otro que fué adjudicado a la Casa Montoya, Sáenz & Compañía, en el año de 1853, al distribuírse judicialmente el Resguardo de Indígenas de Ambalema, adjudicación que se hizo por los siguientes linderos:

"Desde el punto 'las seibitas', línea recta al cerro de las cruces, de ahí en línea recta a la loma del Rei donde se puso un lindero herrado con una F., i de éste volviendo sobre la izquierda i mirando línea recta al punto señalado en 'Aguablanca' donde se puso otro mojón con la misma cifra que el anterior, i de éste mirando para el occidente línea recta al puerto del Gramalotal en donde se hallará un lindero que separa el derecho correspondiente a la señora Tomasa Ardila, i de ahí línea recta al río Magdalena, i río arriba hasta ponerse frente a las 'seibitas', primer lindero".

Consta asímismo en otros documentos fs. 7 a 13 del cuad. Nº 3 bis que antes de hacerse la distribución de las tierras del Resguardo, se verificaron sus linderos por el Juez Parroquial de Ambalema, expresándose al final:

"Concluído el reconocimiento de los linderos resulta —según lo resuelto por el señor Juez— como límites de los resguardos de indígenas por la parte oriental del Magdalena, los siguientes: desde la unión de la quebrada de la Calacala con el río Magdalena, esta quebrada arriba hasta su origen en el cerro de Mohán, de aquí buscando el origen de la quebrada de Lucuchuta, que es en el mismo cerro, i quebrada abajo hasta ponerse frente a la loma del Rei, de esta loma de trabesía (sic) para el norte hasta encontrar la cuchilla nombrada la Colorada, de ésta hasta llegar al cerrito de las cruces, i de éste —línea recta— al río Magdalena, i río abajo hasta llegar a la confluencia de éste con la quebrada de la Calacala, primer lindero".

Y además, en los mismos documentos aludidos aparece que el Gobernador de la Provincia de Mariquita, en comunicación de 24 de julio de 1853, le expresó al Juez Parroquial de Ambalema, en relación con las tierras del Resguardo:

"La Gobernación no ha determinado con fijeza por qué linderos ha de hacerse la medida de los resguardos, porque no teniendo a la vista los documentos con que se compruebe la extensión de la propiedad de los indios, mal podía ordenar que tal o cual porción de terreno se comprendiera en la medida, exponiéndose a preceptuar un despojo; se limitó apenas a ordenar que se hiciera **por los linderos que deben aparecer en los documentos respectivos, que deben estar agregados al expediente de la materia"** (subraya la Sala).

En vista de lo cual, se observa:

La repartición de los resguardos del sector de Mariquita fué dispuesta por la Cámara de esta Provincia, mediante ordenanza 19 de 6 de octubre de 1850, en la cual se estatuyó que debía procederse "con arreglo a las disposiciones contenidas en las leyes 2ª y 3ª, parte 6ª, T. 1º. R. G.", las que a su turno vinieron a desarrollar la de 11 de octubre de 1821, que en su artículo 3º decía:

"Los resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, i que, hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuídas a sus familias sólo para su cultivo según el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad luego que lo permitan las circunstancias".

De suerte que si las tierras que debían repartirse a los indios **en pleno dominio y propiedad** eran las que se les habían adjudicado como resguardos en la época colonial, parece lógico entender que el Juez Parroquial de Ambalema debió tener en cuenta en el año de 1853 los títulos correspondientes, máxime cuando el Gobernador de la Provincia había ordenado que la repartición se hiciera "por los linderos que deben aparecer en los documentos respectivos, que deben estar agregados al expediente de la materia".

Pero sobre todo, la Corte está de acuerdo con las siguientes apreciaciones del representante de la Nación en este negocio, las cuales encuentran adecuado respaldo en los autos:

"Pero como el señor apoderado de la contraparte dice en su alegato de conclusión que 'como título adicional a los citados últimamente se pueden citar también las Reales Provisiones que en favor del Resguardo de Indígenas de Ambalema expidió el Rey don Felipe de Castilla y Aragón con fecha 28 de noviembre de 1644...', este despacho avoca el estudio de tal pieza.

"Se trata de una Real Provisión de amparo proferida, como queda dicho, el 28 de noviembre de 1644, según copia visible a folios 8 y ss. del cuad. Nº 2, expedida por el Jefe del Archivo Nacional a 24 de octubre de 1951.

'Contiene ese documento, en primer término, una solicitud formulada por el Licenciado don Gonzalo Suárez, suplicatoria de una Real Provisión de amparo a favor del Resguardo Indígena del pueblo de Ambalema. En atención a lo cual, las autoridades españolas dispusieron que el 'escribano real de visitas, don Rodrigo Zapata, 'diése testimonio de los resguardos de los dichos indios y fecho se trajese...'. Al rendir la información pedida el citado escribano hace, entre otras, las siguientes aseveraciones:

" 'A todos los cuales dichos indios el dicho se-

ñor oidor visitador señaló por resguardos y tierras todas las que actualmente tenían y poseían y todos sus platanares, frutales y huertas, así de los que tenían de comunidad como particular, **títulos amparos y ejecutoria de la Real Audiencia,** y mandó que de las dichas tierras no fuesen despojados, ni inquietados, ni perturbados por ninguna persona...'.

"En vista de lo anterior, el escribano de Cámara del Rey, don Juan Flórez de Ocáriz, expidió, por mandato de aquél, la carta de amparo en donde se lee lo siguiente:

'"Y os mando que siendo con ella requeridos y cualquier de vos por cualquiera de los indios del pueblo de Ambalema o como os sea mostrada en cualquier manera con los títulos en la mano de los resguardos de los Indios del dicho pueblo que de suso va incorporado y se contiene en el testimonio presentado dado por Rodrigo Zapata, mi escribano real y de las visitas de naturales de este dicho nuevo Reino, entereis a los dichos indios en ellos y los ampareis sin consentir que ninguna persona les haga agravio...'.

"Es éste el documento más antiguo traído a los autos por los actores, relativo al dominio del fundo de que se trata en este pleito. En él, como puede verse de las transcripciones anteriores se hacen claras alusiones al título colonial del tantas veces nombrado resguardo de Ambalema. Auncuando esas referencias no contienen el acopio de datos que sería deseable en punto al hecho de haberse expedido el título con subordinación a lo establecido y previsto por la legislación indiana, bien es verdad que de su contexto se puede deducir con fundada certeza la existencia de aquel documento, como también la circunstancia de haber sido despachado ciertamente con anterioridad a la fecha de esa real provisión. Sobre todo si se tiene en cuenta que en ella, porque así se ve de los términos en que está concebida, se reconoce el carácter de Resguardo a la precitada comunidad indígena de Ambalema, vale decir, el título con el cual actuaba. De donde se concluye que las autoridades españolas de 1644 aceptaron, en esa época, el dominio privado sobre aquellas tierras de quienes suplicaban su protección.

"De otra parte, consta en esa misma copia que a virtud de una nueva solicitud de amparo formulada por el Protector de los indios de Ambalema al Gobernador José de Pissa y Urramendi, en la cual se especificaron por el peticionario los linderos de esas tierras, este funcionario, en providencia de 6 de noviembre de 1656 dispuso que 'amparaba y amparó, su merced en todos los montes, vegas, islas y pedazos de sabanas que han tenido y poseído y están poseyendo los dichos indios y sin que en todo o en parte se les pueda quitar cosa alguna...'.

'Este nuevo elemento de juicio confluye, como es claro, a fortalecer la consideración antes expuesta. De consiguiente, a juicio de la Procuraduría cabe aceptar que los actores han acreditado con documentos públicos de origen oficial la existencia del título anterior al 28 de octubre de 1873, en armonía con lo previsto en el aparte a), inciso 2º del artículo 7º de la ley 160 de 1936, aplicable por analogía".

La determinación de los terrenos

Según se ha visto, de acuerdo con la tradición de los terrenos a que se refiere este negocio, ellos hacían parte del que fué adjudicado en 1853 a la Casa Montoya, Sáenz & Compañía, dentro de las diligencias sobre distribución del Resguardo de Indígenas de Ambalema. Pero además de esta circunstancia, en el curso de este proceso se han establecido satisfactoriamente, mediante inspección ocular y dictamen pericial, los siguientes hechos: a) que los predios "Perico", "Gramalotal" y "Santa Bárbara", por los linderos de las respectivas demandas, corresponden a terrenos objetivamente determinados; b) — Que están comprendidos dentro del globo que le fué adjudicado en el año de 1853 a la Casa Montoya, Sáenz & Compañía; c) Que asímismo hacen parte de las tierras que pertenecieron al Resguardo de Indígenas de Ambalema; y ch) Que tales predios —los de las demandas— están comprendidos dentro del terreno de la propuesta Nº 389 de la Tequendama Petroleum Company (fs. 11 v. a 19 del cuad. N° 4).

De consiguiente, en estos autos se ha demostrado la debida correspondencia entre los terrenos de este litigio y el globo de mayor extensión que salió del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, lo que conlleva la propiedad privada de los petróleos a que aspiran los demandantes, de conformidad con lo previsto por el artículo 10 de la ley 160 de 1936.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara:

Primero.—Es de propiedad privada, y pertenece al demandante Ramón S. Pinzón, el petróleo que se encuentre en el terreno denominado "Perico", por los linderos indicados en esta providencia.

Segundo.—Es igualmente de propiedad privada, y pertenece a la sociedad "Afanador Salgar Hermanos Limitada", el petróleo que se encuentre en los terrenos llamados "Gramalotal" y "Santa Bárbara", cuyos linderos se han transcrito también en esta providencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada— Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS.—NECESIDAD DE QUE ESTEN CLARAMENTE IDENTIFICADOS LOS PREDIOS A LOS CUALES SE REFIEREN LOS TITULOS ADUCIDOS COMO PRUEBA DE LA PROPIEDAD PRIVADA

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

La *American Colombian Corporation*, por medio de apoderado, en escrito repartido el día dieciseis de mayo de mil novecientos cincuenta, demandó a la Nación para que mediante los trámites de un juicio ordinario de única instancia, se hagan las siguientes declaraciones:

"Que es de propiedad particular de la *American Colombian Corporation*, constituída de conformidad con las leyes del Estado de Utah, y con su oficina principal en Washington y sucursal en Colombia, domiciliada en Barranquilla, el petróleo que se halle o encuentre en el subsuelo de las llamadas Tierras de Loba. Estas tierras consisten en un globo de terreno ubicado en los Municipios de Mompós, Margarita, San Fernando, San Martín de Loba, Pinillos, Bodega Central y Barranco de Loba, todos del Departamento de Bolívar. Este globo de tierra mide aproximadamente doscientas caballerías y está alinderado así: Al Este, río Magdalena desde la desembocadura de la Quebrada Norosí, siguiendo dicho río abajo; al Oeste, el río Cauca, desde la boca de Caribona hasta Cicuco; al Norte, los ejidos del Municipio de Mompós, desde las bocas del Cicuco y Chicagua hasta Rincón Grande, pasando por el Juncal, San Luis, Los Solises y los Piñones, y al Sur, la quebrada de Norosí siguiendo su nacimiento y atravesando la montaña hasta salir a la boca de la Caribona".

El curso de los ríos Cauca y Magdalena debe entenderse en esta descripción, tal como corrían en el año de 1637. Como consecuencia de esta declaración, tales tierras deben excluírse de cualquier contrato sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional que la Nación haya celebrado o celebre en el futuro y se superponga, en todo o en parte, al globo de terreno que la sentencia reconozca como de propiedad de la American Colombian Corporation".

Como antecedentes expuso los siguientes:

"El señor Thomas P. Jackson propuso al Gobierno Nacional, con fecha 17 de julio de 1943, una propuesta para exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, que fue registrada en el libro respectivo bajo el número 162 y aceptada por el Ministerio de Minas y Petróleos en Resolución de fecha 28 de diciembre de 1943, referente a un globo de terreno que mide aproximadamente 49.997 hectáreas, ubicado en jurisdicción del municipio de Mompós y posiblemente en el de Magangué, Departamento de Bolívar y comprendido dicho globo dentro de los linderos que se expresan en el respectivo aviso que aparece publicado en la página 613 del Diario Oficial número 25.477, correspondiente al día 22 de febrero de 1944.

"El doctor Hernando Velásquez Mejía, propuso un contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional al Gobierno Nacional, propuesta que fue aceptada por el Ministerio de Minas y Petróleos por medio de Resolución de fecha febrero 18 de 1944 y que fue registrada en el Ministerio bajo el número 163 y se refiere a un globo de terreno que tiene aproximadamente 49.944 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Mompós, San Fernando, Pinillos y posiblemente Magangué, del Departamento de Bolívar, y comprendido dicho globo dentro de los linderos que se expresan en el respectivo aviso que aparece publicado en el Diario Oficial número 25.492, correspondiente al día marzo 10 de 1944.

"La American Colombian Corporation hizo oposición con fundamento en la propiedad del petróleo que se pudiera encontrar en esos globos de terreno, y estas oposiciones junto con otras formuladas por terceras personas, dieron lugar a la tramitación de dos juicios breves y sumarios ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para determinar si la Nación podía o nó contratar los terrenos materia de las oposiciones, de propiedad de la Nación.

"En lo que se refiere a la oposición presentada en cada una de estas propuestas por la American Colombian Corporation, el suscrito, haciendo uso de la autorización conferida en el artículo 12 del Decreto número 10 de 1950, presentó el desistimien-

to respectivo, el cual fue decretado de conformidad, así: en el juicio correspondiente a la propuesta del señor Thomas P. Jackson, por auto de 12 de mayo de 1950; y al correspondiente a la propuesta número 163, del doctor Hernando Velásquez Mejía, por auto de fecha 30 de mayo del corriente. Ambas están debidamente ejecutoriadas".

Luego dice que dentro del término de tres meses concedido por el artículo 12 del Decreto citado, presenta la demanda ordinaria de mayor cuantía, para que por la Corte sea decidido, acumulando las dos acciones, por tratarse de un mismo título de propiedad.

Enumera los siguientes hechos:

"1) El día 9 de enero de 1637, el Gobernador de la Provincia de Cartagena, don Nicolás de la Raspug, a solicitud del Capitán Diego Ortiz Nieto y en consideración a los méritos y servicios por él prestados a la Corona de España, le hizo merced de 200 caballerías en las 'Tierras de Loba' comprendidas dentro de los linderos indicados por el mismo solicitante, así: 'Topé con una sabana muy dilatada hierma y despoblada, cuya entrada es por el río que llaman Norosí arriba, y a un cuarto de legua de él está un caño cuyo nombre es Las Culebras que va a salir a la ciénaga de un palenque y a una legua de esta dicha ciénaga a mano izquierda, junto a unos cerrillos esta dicha sabana corre hasta el río de Cauca, y antes de llegar a él, está la Ciénaga a quien puse el nombre de Nuestra Señora del Rosario y la de Loba la Vieja que alinda con dicha sabana hasta salir a la boca de dicho río de Caribona por los serranos que llaman, la que tiene de término de más de treinta leguas, tierras muy a propósito para fundar hatos de ganado mayor y menor de todo género, y sus montes para labores de estancias, tabaco y cacao y otros frutos de legumbres...

"2) Con fecha 1º de marzo de 1637, don Francisco Cañizares, comisionado al efecto, dio posesión de las 200 caballerías al Capitán Ortiz Nieto.

"3) En la fecha en que don Nicolás de la Raspug expidió el título en mención, no había sido recibido como Jefe de Gobierno en la ciudad de Cartagena y como más tarde fue suspendido su nombramiento, el Capitán Diego Ortiz Nieto pidió al nuevo Gobernador y Capitán de la Provincia de Cartagena, don Luis Fernández de Córdova, que en nombre de Su Majestad confirmara el título que le había expedido el señor de la Raspug, y se lo diera de nuevo con su antigüedad, a lo cual accedió dicho Gobernador en provisión fechada en Cartagena el 12 de abril de 1646.

"4) En el año de 1679 don Juan de Escobar en nombre de los hijos y herederos del Capitán Diego de Ortiz Nieto, ocurrió al Virrey y Presidente y Oidores de la Real Audiencia de Santa Fe en amparo de la posesión de las 'Tierras de Loba', pues algunas personas, valiéndose de las circunstancias de estar pendiente durante cerca de treinta años el concurso de acredores seguido a los bienes del Capitán Diego Ortiz Nieto, se introdujeron en ellas. Tal petición fue despachada favorablemente por medio de Real Provisión dada en Santa Fe el 16 de mayo de 1679.

"5) Posteriormente, doña María Ortiz Nieto, con fecha 10 de junio de 1681 adquirió las 'Tierras de Loba' por virtud de remate que de ellas hizo en el juicio de concurso de acreedores seguido a los bienes de su padre.

"6) Por transmisiones sucesivas, las 'Tierras de Loba' pasaron de doña María Ortiz Nieto a doña Juana Clemencia de la Rocha y de ésta a su hijo el doctor Ignacio de la Rocha. En la sucesión del doctor Ignacio de la Rocha, fueron rematadas dichas tierras y hato de 'Loba', por el capitán Matías de la Sala el día 15 de marzo de 1738 y don Francisco del Aguila, comisionado al efecto, dio posesión al capitán Matías de la Sala de dichas tierras, ganados y esclavos en diligencias practicadas a fines del mes de marzo y mediados del mes de abril de 1738.

"7) El Maestre de Campo, don José Fernando de Mier y Guerra compró el día 7 de julio de 1738 las referidas tierras y el hato de 'Loba' a los albaceas testamentarios del Capitán Matías de la Sala, por la suma de $ 21.000.00.

"8) Para cumplir con las exigencias contenidas en Reales Cédulas de la Corona Española, don José Fernando de Mier y Guerra presentó los títulos de las 'Tierras de Loba' a don Juan Bautista Vaamón de Taboada, Gobernador y Auditor de Guerra de la Provincia de Cartagena, Juez Privativo de Composiciones y Ventas de Tierra y de Condenaciones y Multas de Penas de Cámara, quien en vista de ellos los declaró legítimos y ordenó amparar y amparó al Maestre de Campo José Fernando de Mier y Guerra en la posesión y goce de las doscientas caballerías de 'Tierras de Loba'.

"9 Don José Fernando de Mier y Guerra otorgó testamento en Mompós el 11 de agosto de 1778 y en las cláusulas 51 y 58 de dicha memoria, estableció o mandó fundar vínculo o mayorazgo perpetuo sobre las Tierras de Loba a favor de su sobrino don Gonzalo José de Hoyos y de los sucesores legítimos de éste, prefiriendo siempre el mayor al menor y el varón a la hembra.

"10) La diligencia de inventario y avalúo de las

Tierras y Hato de Loba, fue practicada por don Juan Fernández de Córdoba, Alcalde Pedáneo de San Antonio de Algarrobo, y su partido, por comisión de don Diego Antonio Nieto, Juez Militar, quien conoció en Mompós de la mortuoria de don José Fernando de Mier y Guerra, en el mes de octubre de 1780. Así pues, a la muerte de don José Fernando de Mier y Guerra las Tierras de Loba pasaron a su sobrino don Gonzalo José de Hoyos y Mier, Marqués de Torre Hoyos, por virtud del mayorazgo constituído a su favor.

"11) Dicho Marqués de Torre Hoyos ocurrió ante el Rey de España Don Carlos III con el fin de obtener de dicho Soberano la ratificación y reconocimiento de sus derechos como propietario de las Tierras de Loba, lo cual obtuvo por medio de Real Cédula expedida en Aranjuez a 27 de mayo de 1788.

"12) Como se dice en el texto de la Cédula Real, antes mencionada, para hacer la confirmación del Título a favor del Marqués de Torres Hoyos, el Rey tuvo en consideración 'la primitiva concesión de doscientas caballerías de tierra en el término nombrado en Loba Vieja, ejecutado por el Gobernador de aquella Provincia el Capitán Diego Ortiz Nieto, su descubridor en el año de 1637 y sus derivaciones sucesivas hasta haber recaído en él su dominio'.

"13) Por medio de esta misma Cédula se aprobó el deslinde practicado entre las Tierras de Loba y los Ejidos de Mompós el 3 de julio de 1786 que el Arzobispo Virrey don Antonio Caballero y Góngora había sancionado en Real Providencia expedida en Turbaco el 31 de mayo de 1786 por estar de acuerdo con el apeo anterior ejecutado el 5 de octubre de 1779 y ambos arreglados a las especificadas demarcaciones contenidas en las mercedes o títulos respectivos.

"14) El Marqués de Torre Hoyos no dejó descendencia masculina, por tanto, a su muerte, el vínculo o mayorazgo de las Tierras y Hato de Loba, recayó en su primogénita María Isabel de Hoyos y Hoyos, primera hija nacida del matrimonio de don Gonzalo José de Hoyos con doña María Igcia de Hoyos y Trespalacios.

"15) La sucesión de la Marquesa de Torres Hoyos, doña María Isabel de Hoyos y Hoyos fue abierta y radicada en el Juzgado Unico Civil del Circuito de Mompós e inventariado en ella el único bien denunciado, o sean los Terrenos de Loba. Dentro de ese juicio de sucesión se presentó la American Colombian Corporation como cesionaria de todos los derechos de los herederos de la Marquesa y una vez que el Juez le reconoció tal carácter, dictó a su favor el Decreto de posesión efectiva de la herencia en lo concerniente a las Tierras de Loba, situadas en jurisdicción de los Municipios de Mompós, Margarita, San Fernando, San Martín de Loba, Pinillos, Bodega Central y Barranco de Loba en el Departamento de Bolívar, consistentes en doscientas caballerías de tierras, alinderadas así: 'Al Este, río Magdalena, desde la desembocadura de la Quebrada de Norosí siguiendo dicho río abajo; al Oeste, el río Cauca, desde la boca de Caribona hasta el Cicuco; al Norte, los ejidos del Municipio de Mompós, desde las bocas de Cicuco y Chicagua hasta Rincón Grande, pasando por el Juncal, San Luis, Los Solises y los Piñones, y, al Sur, la quebrada de Norosí, siguiendo su nacimiento y atravesando la montaña hasta salir a la boca de Caribona'.

"16) La American Colombian Corporation desde que se vinculó a las Tierras de Loba en la forma atrás expresada, ha poseído pacíficamente esos terrenos, parte de los cuales ha ocupado con sementeras y otras partes con ganados, como es público y notorio en la región. La señora María Isabel de Hoyos y sus antecesores, desde tiempo inmemorial, aprovecharon económicamente esas tierras en forma igual, por tanto, los derechos que vengo sosteniendo están protegidos, además, por la prescripción, que desde ahora alego en beneficio del opositor.

"17) Las propuestas aceptadas por el Gobierno Nacional, Ministerio de Minas y Petróleos, a los señores Thomas P. Jackson y Hernando Velásquez Mejía, se superponen a las Tierras de Loba de propiedad de la American Colombian Corporation.

"18) Las Tierras de Loba tal como se describen en esta demanda, salieron del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y no ha sido recuperado por la Nación, por nulidad, caducidad, resolución o por cualquier otra causa legal.

"19) El derecho de dominio sobre 'las Tierras de Loba' pertenece en la actualidad a la sociedad demandante".

El derecho lo apoyó en la Ley 160, artículos 5, 7 y 10; en el Decreto número 10 de 1950, artículo 12 y concordantes de la Ley 37 de 1931; en la Cédula Real dada en Aranjuez el 27 de mayo de 1788, y demás Cédulas Reales sobre adjudicación de tierras; en los artículos 669, 673 y 757 del C. C.; en el artículo 968 del C. J. y finalmente en los artículos 28 y 29 de la Ley 153 de 1887, y 879 del C. F. de 1873.

Admitida la demanda se ordenó correr traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien la contestó, oponiéndose a las declaraciones pedidas, apoyado en dos razones:

1ª Que en su concepto, los títulos en que se apo-

ya la demanda para acreditar el dominio privado de los Terrenos de Loba, no se trajeron originales, ni en copia auténtica, y

2ª En que los linderos señalados en la referida titulación son muy imprecisos, en forma que no se puede identificar y cerrar el perímetro del predio.

El juicio se tramitó en forma legal. Durante el término probatorio se practicaron las que pidió la parte demandante, y entre otras, se practicó una inspección ocular sobre los terrenos, diligencia que se llevó a cabo, por medio de comisión conferida al Tribunal del Distrito Superior de Barranquilla, entre los días 16 y 21 de agosto de 1951. Intervinieron como peritos, los ingenieros: Gustavo Patiño Rosselli, Severo Rocha Alvira y Luis E. García.

Tanto el representante de la Nación, como el de la parte demandante, presentaron en oportunidad sus alegatos de conclusión. Agotado el trámite propio de las instancias, se procede a resolver lo que sea del caso, previas las consideraciones que en seguida se exponen.

En concepto de la Corte, los puntos a decidir son los siguientes:

a) Si la demandante, American Colombian Corporation, tiene títulos que la acrediten ser propietaria del predio determinado en la parte petitoria del libelo; y

b) Si la alinderación señalada en la demanda corresponde a la que figura en la titulación, y en caso afirmativo, si cierra el perímetro del predio materia del pleito.

Para probar el primer hecho se trajeron a los autos copias de un sinnúmero de documentos antiguos, que se protocolizaron en varias Notarías y que sería prolijo enumerar. Se citarán los que en concepto de la Sala, sean suficientes para ilustrar el punto litigioso y que sirvan de fundamento al fallo.

La parte demandante que en oportunidad se opuso a las propuestas de exploración y explotación de petróleos formuladas ante el Ministerio correspondiente por los señores Thomas P. Jackson y Hernando Velásquez Mejía, presentó esta demanda después de desistir de las oposiciones a virtud de la autorización dada por el artículo 12 del Decreto número 10 de 1950. De las peticiones se ve sin dificultad que no se reclama sino la propiedad del petróleo existente en las Tierras de Loba que es lo que se pide en la demanda. La Sala entra a estudiar, si de los títulos actuales, en relación con los coloniales invocados, resulta suficientemente determinado el predio.

Para proceder con orden conviene transcribir las diferentes alinderaciones de las Tierras de Loba, de que dan cuenta los documentos traídos. Principiaremos por los fijados en la escritura número 80 de 1909 de la Notaría de Mompós, por la que se protocolizaron unos de esos documentos, y entre ellos, los de la concesión al señor Diego Ortiz Nieto en el año de 1637.

En el folio número 102 del cuaderno número 3 de la escritura acabada de citar, se lee lo siguiente a título de linderos: "Al cabo de muchos días que anduve en busca topé con una sabana muy dilatada hierma y despoblada cuya entrada es por el río que llaman Norosí arriba y a un cuarto de legua de él está un caño cuyo nombre es de Las Culebras, que va a salir a la ciénaga de un palenque y a una legua de esta dicha ciénaga, a mano izquierda, junto a unos cerrillos ésta dicha sabana corre hasta el río de Cauca, y antes de llegar a él está la ciénaga a quien puse el nombre de Nuestra Señora del Rosario, y la de Loba la Vieja que alinda con la sabana hasta salir a la boca del río Caribona por los serranos que llaman la que tiene de término de más de 30 leguas".

El señor Diego Ortiz Nieto obtuvo del Gobernador de la Provincia de Cartagena, y con fecha 9 de enero de 1637 la concesión de doscientas caballerías en las "Tierras de Loba" que singularizaron como se expresó arriba. De los documentos traídos en copia, no se encuentra otra alinderación de las referidas tierras, sino hasta el año de 1779, en que los entonces poseedores de las mismas, después de alguna tramitación, procedieron a deslindarlas con los ejidos del Municipio de Mompós. Este deslinde, claro está, no señaló respecto de los terrenos de las Tierras de Loba, más lindero que el de la colindancia entre los dos predios; mejor dicho, no se cerró el perímetro. Tal deslinde se ratificó seis años después, no sólo por el reconocimiento de los puntos de colindancia conocidos con nombres especiales, sino por medio de estacas que se fueron colocando en toda la extensión de la línea divisoria. Si se comparan los dos deslindes, no puede saberse de su identificación porque son pocos los puntos que tienen nombre común en las dos diligencias.

Para demostrar lo que se deja dicho, basta copiarlos.

Deslinde de cinco de octubre de mil setecientos setenta y nueve

"Dióse principio a él desde el Rincón Grande de que es el primer lindero, y se partió yendo para abajo a la ceja que llaman de la Cruz, en su cabecera, que está arrimada la dicha ceja y pende desde el monte de culebra. Y desde la mencionada cabe-

cera de la Cruz en su ceja, cezgando a ganar los Piñones que son el tercer lindero, y desde éstos se parte atravesando a pasar el caño del Atajo en derechura de los mencionados Piñones que es el cuarto lindero, y desde dicho atajo cezgando sobre mano derecha se viene a caer a los Suanes por el caño de este nombre (que es el quinto lindero) desde el cual se va también cayendo a la boca del Juncal que es a donde salen los dichos Suanes, y desde la expresada boca del juncal (que es el sexto lindero), desde el cual se corta derechamente a las dos bocas que forman Sienes y Chicagua, último lindero de las exprsadas Tierras de Loba con las dichas de Monpos".

Deslinde de cinco de abril de mil setecientos ochenta y cinco

"Comenzóse a verificarlo, empezando desde las dos bocas de Sicuco y Chicagua, que caen en derechura de la ciénaga grande (comido), en las dichas bocas, como con efecto se clavó un palo del corazón del árbol llamado Moral, siendo éste el primer lindero que divide las dichas tierras de Loba, de las de los Egidos; y continuando para arriba, se clavó otro Estantillo en la medianía de la punta del Juncal, que viene a caer al frente del sitio de Caño Negro, siendo dicho Estantillo clavado en la expresada punta del Juncal, el segundo lindero: desde el cual se partió al rodeo que llaman de San Luis, que cae en frente de las islas de Tarifa, y en El Rodeo, que es el tercer lindero, mandó Su Merced enterrar, como en efecto se enterró otro estantillo del mismo palo y desde este lindero se siguió a buscar la Loma de Solís, que cae al frente de los playones de Cincahecha, y arrimado a ellos en su cabecera, se mandó clavar también otro estantillo para que como cuarto lindero se-tenta (sic) por tal, en la división de las tierras de los egidos de esta dicha Villa y las de Loba pertenecientes al S. R. Coronel: Y luego se siguó a buscar los piñones orillando por el dicho cincahecha, y sitio viejo, pasando por esta parte, a buscar la cabezera de Rincón Grande; y en dichos piñones, se mandó clavar otro estantillo como quinto lindero de la ante expuesta división: Y finlamente se mandó poner, y clavar como se clavó otro estantillo en la cabecera de dicho Rincón Grande, como sexto y último lindero con que quedaron divididas las tierras del expresado Sr. Coronel, y los contenidos Egidos, y de este modo cuantas tierras correspondan a ellos según sus títulos, y en los testimonios ya relacionados, quedaron comprendidos en los citados Egidos de la Villa: Debiéndose entender para mayor claridad y evitar en lo sucesivo infundadas disputas; que partiendo desde las dos bocas de Sicuco y Chicagua, primer lindero, y siguiendo por los demás hasta llegar al último de la cabezera de Rincón Grande, todas las tierras que quedan (comido) derecha, con y pertenecen según los Títulos y posesiones referidas al mencionado Sor. Coronel, como dueño del Hato de Loba; y las que quedan a la mano izquierda, desde dicho primer lindero hasta el último, corresponden a los mencionados Egidos, y dentro de ellos, el mismo sitio o paraje de Caño Negro, y su Rincón Grande como también, toda la demás tierra ya referida, según y como se expresa por (comido) en el insinuado título, y consta también del deslinde hecho en el propio sitio de Caño Negro, en cinco días del mes de octubre del año pasado de setecientos setenta y nueve".

Practicados estos deslindes, el entonces titular de las Tierras de Loba, don Gonzaló José de Hoyos, solicitó y obtuvo del Rey de España, con fecha 27 de mayo de 1788, una Cédula Real por la cual se aprobaron los deslindes practicados con la Villa de Mompós y se confirmó la concesión de doscientas caballerías de tierra, que el Gobernador de la Provincia de Cartagena otorgó al Capitán Diego Ortiz Nieto sobre las Tierras de Loba en el año de 1637. En esta Cédula no se citan linderos, sino que se hace alusión a la merced dada al Capitán Diego Ortiz Nieto. Esta Cédula figura en los folios 80 a 81 del cuaderno número 3, y a continuación de ella existe la siguiente alinderación tomada del testimonio de amparo de posesión dado a favor de doña María Ortiz sobre las Tierras de Loba. Los linderos son: "El caño de Norosí, y el de Las Culebras por una parte y por la otra la boca de Caribona, y río Cauca, y por el lado de las Serranías, las serranas que son una porción de cerros que corren por el un lado de dichas tierras, y por el otro lado sirven de margen, y lindero las sabanas de Loba, por razón de que luego que se sale de ellas por aquella parte no se encuentra otra cosa que playones y ciénagas".

Finalmente en la copia de la escritura número 418 de 15 de julio de 1939 de la Notaría de Barranquilla, que figura en el folio 156 del cuaderno número 2 y mediante la cual, se protocolizó el Decreto de posesión efectiva de la herencia, dictado a favor de la Sociedad demandante, en el juicio de sucesión de la señora María Isabel de Hoyos, se le asignaron a las Tierras de Loba los siguientes linderos, o sean los mismos que figuran en la demanda: "Un globo de terreno conocido con el nombre de Tierras de Loba, situado en jurisdicción de los Municipios de Mompós, Margarita, San Fernando,

San Martín de Loba, Pinillos, Bodega Central y Barranco de Loba, en el Departamento de Bolívar, consistente en DOSCIENTAS CABALLERIAS DE TIERRAS, alinderadas así: Al Este, río Magdalena, desde la desembocadura de la quebrada de Norosí siguiendo dicho río abajo; al Oeste, el río Cauca, desde la boca de Caribona hasta el Cicuco; al Norte, los egidos del Municipio de Mompós, desde las bocas del Cicuco y Chicagua hasta Rincón Grande, pasando por el Juncal, San Luis, Los Solices y Los Piñones, y al Sur, la quebrada de Norosí, siguiendo su nacimiento y atravesando la montaña hasta salir a la boca de Caribona".

Comparando las alinderaciones que han quedado copiadas se ve que todas son diferentes, excepción hecha de la del Decreto de posesión efectiva, que es la misma de la demanda. Ante este caos, el abogado de la Sociedad American Colombian Corporation, durante el término de prueba del juicio, pidió y obtuvo, la práctica de una inspección ocular sobre el terreno, con intervención de peritos.

La diligencia tuvo lugar en los días 16 y 21 de agosto de 1951. Leyendo las diferentes actas, no encuentra la Corte que por el Tribunal comisionado para practicar la diligencia, se haya podido establecer sobre el terreno, la correspondencia entre los distintos linderos de los títulos. Los peritos señores Luis E. García, Gustavo Patiño R. y Severo Rocha A., en su dictamen tampoco lograron obtener esa correspondencia.

El abogado de la Sociedad demandante formuló a los peritos la siguiente pregunta:

"Los peritos deben conceptuar: 1) Si el polígono que resulta de unir los vértices del polígono que determina las Tierras de Loba encierra un lote determinado de terreno que coincide con la alinderación que aparece en los títulos de propiedad, presentados como pruebas en este juicio".

Este cuestionario, que es el que verdaderamente va al fondo del negocio, no fue contestado por los expertos en forma categórica, porque si bien es verdad, que en los dos primeros numerales de sus conclusiones, tratan de establecer la identidad del predio, estudiando los diferentes linderos, en las conclusiones tercera y cuarta, niegan tal identidad, llegando por este aspecto a establecer, dentro del mismo trabajo, una contradicción que no pudieron desvirtuar con su memorial de aclaración al primitivo dictamen.

En efecto, los peritos dicen en la conclusión 1ª que el polígono que une los vértices de las Tierras de Loba denominados A), B), C), D) y E), en la parte petitoria de la demanda, encierra un globo de terreno conocido con el nombre de "Tierras de Loba" según los diferentes títulos que obran en el expediente. Esta conclusión no está apoyada en ninguna razón o argumento. En la conclusión 2ª, afirman que dicho polígono coincide con el que señala la alinderación dada en copia de la escritura número 418 de 1939 de la Notaría 1ª de Barranquilla, o sea la del Decreto de posesión efectiva de la herencia.

Después de sentar estos postulados, en la conclusión 3ª vuelven atrás, y dicen que el único lindero que no coincide es el comprendido entre el vértice A) y el punto D), y en la conclusión 4ª, dicen lo siguiente: "Que el área de las Tierras de Loba ha ido aumentando desde la concesión inicial hasta el área actual de los terrenos comprendidos por los linderos de la última escritura que figura en el expediente".

Esta es la declaración más rotunda de que ni en la inspección ocular, ni en el dictamen pericial pudo identificarse el predio que reclama la Compañía demandante como de su propiedad. Tanto el abogado de la parte demandante, como el señor Agente del Ministerio Público, pidieron a los peritos que aclararan su dictamen en esa parte, quienes lo hicieron en escrito presentado el 4 de diciembre de 1951, afirmando categóricamente, que la adjudicación de 200 caballerías hecha en el año de 1637 al Capitán Diego Ortiz Nieto, o sea el título original, vino aumentando en forma muy apreciable desde entonces, hasta cuando la Compañía demandante obtuvo el Decreto de posesión efectiva de la herencia. Mejor dicho, el predio no se identificó.

La acción intentada es la de pertenencia o de simple declaración de dominio, y para ello se apoya la Compañía demandante en los artículos 669 y 673 del C. C.; en la Ley 160 de 1936, artículos 5, 7 y 10; en el Decreto número 10, artículo 12, de 1950 y en la Ley 37 de 1931.

No está por demás advertir que aun cuando en la demanda se afirma —hecho 16— que la American Colombian Corporation, desde que se vinculó a las Tierras de Loba por compra de los derechos hereditarios de María Isabel de Hoyos, "ha poseído pacíficamente esos terrenos, parte de los cuales ha ocupado con sementeras y otras partes con ganados, como es público y notorio en la región", tal posesión no aparece demostrada.

La Compañía demandante tampoco demostró una tradición perfecta del fundo que reclama como propio, porque aun cuando el Juez de Mompós por auto de 8 de noviembre de 1938 le dio la posesión efectiva de la herencia, no se probó que la causante tuviera el título de propiedad del inmueble para que hubiera podido transmitirla a sus presuntos here-

deros, o sea a los cedentes de los derechos hereditarios vendidos a la Compañía.

En la causa mortuoria de don Gonzalo José de Hoyos, padre legítimo de doña María Isabel de Hoyos, que en copia figura en el expediente en los folios 121 vuelto y siguientes del cuaderno número 3, se relacionaron todos los bienes de este señor en forma detallada y minuciosa, pero no se relacionó el fundo de las Tierras de Loba. Si en la sucesión de don Gonzalo José de Hoyos no se inventarió ese predio para adjudicarlo a su hija la señora María Isabel de Hoyos, al iniciar el juicio de sucesión de ésta, ante el Juez de Mompós en el año de 1938, han debido hacer un inventario adicional para establecer la tradición perfecta de la finca, cosa que no se hizo. Esto, en el supuesto de que estuviera demostrado el primer punto, o sea la identidad del predio, identidad que tampoco está demostrada según ya quedó anotado.

El señor Procurador Delegado en lo Civil hace, en su alegato de conclusión, un análisis de las pruebas traídas al proceso y especialmente, del dictamen pericial que se practicó a petición de la parte actora. Después de analizar una a una las conclusiones de los peritos, consigna el siguiente concepto:

"De consiguiente, es imperioso concluir que el promotor de este juicio no cumplió con el requisito esencialísimo de establecer con la precisión requerida por la ley, la identidad del fundo a que se contrae la demanda".

En atención a las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA las peticiones formuladas en la demanda, y en su lugar absuelve a la Nación.

No se hace condenación en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique — Luis Hernando Vargas V., Secretario.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES PARA CONOCER DE REQUERIMIENTOS DIRIGIDOS CONTRA LA NACION O CONTRA UN DEPARTAMENTO

La Corte ha reconocido de manera uniforme que por cuanto las normas procedimentales sobre competencia le atribuyen de manera exclusiva a los Jueces de Circuito y a los Municipales, a prevención con aquéllos, la función relativa a la práctica de aquellas diligencias "en que no haya oposición de parte, o no tengan carácter de juicio, siempre que no estén atribuídas expresamente a otra autoridad", es de toda lógica que la Corte carece de competencia para conocer de tales actividades judiciales (arts. 112 y 119 del C. Judicial).

En idéntico caso se encuentra el Tribunal, ya que en ninguna de las atribuciones que le fija el art. 79 del C. Judicial se halla comprendida la que se relaciona con la práctica de diligencias del carácter de la de que aquí se trata, ni aún en el caso de que el requerimiento o la reconvención se dirijan contra la Nación o los Departamentos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, trece de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

La Compañía Urbanizadora de Palanquero, S. A., pidió al Tribunal Superior de este Distrito Judicial en memorial de 11 de julio de 1951 se hiciese a la Nación, representada por el Fiscal de dicha corporación, y al Departamento de Cundinamarca, en la persona del señor Gobernador, el siguiente requerimiento:

"A) Para que dentro del plazo prudencial que debéis fijarles proceden la Nación y el Departamento de Cundinamarca a dar cumplimiento exacto, dentro de sus respectivas atribuciones legales, a lo ordenado en la precitada ley 134 de 1948 y en el Decreto número 2637 de 1950 que la reglamenta; y

"B) Para que, en subsidio, el Gobierno Nacional y el Gobierno Departamental desistan legalmente de llevar adelante la expropiación de los terrenos urbanos de Puerto Salgar y restituyan jurídicamente a la Compañía que represento el dominio y goce pleno de tales zonas urbanas que hoy se hallan comercialmente inmovilizadas por causa de la expropiación de hecho consumada con tales disposiciones".

Como se dá a comprobar en el pedimento subsidiario, el Congreso Nacional por medio de la Ley 134 de 1948 declaró de utilidad pública "el área urbana del Municipio de Puerto Salgar, en el Departamento de Cundinamarca" y decretó en consecuencia la expropiación correspondiente. Por el Art. 4º facultó al Gobierno para designar la entidad administrativa que debería encargarse del cumplimiento de dicha ley.

En desarrollo de esta Ley, el Ejecutivo dictó el decreto Nº 2637 de 1950, cuyo artículo 1º dice:

"La Gobernación de Cundinamarca iniciará y adelantará el juicio de expropiación de la zona o zonas que forman el perímetro urbano del Municipio de Puerto Salgar conforme a los planos respectivos, y previo concepto técnico de la Secretaría de Asistencia Social del mismo Departamento, con el fin de que la propiedad sobre ellas se radique en el mismo Municipio y en las personas o entidades propietarias de las actuales edificaciones urbanas".

Halló procedente el Tribunal la solicitud en referencia, y en auto de 16 del mismo mes de julio, ordenó:

"Requiérase a la Nación, representada por el señor Fiscal del Tribunal y al Departamento de Cundinamarca, representado por el señor Gobernador, para que dentro del término de quince días, den cumplimiento a lo solicitado en los puntos A) y B) de la anterior solicitud".

El apoderado del Departamento interpuso oportunamente el recurso de reposición contra dicha providencia fundándose en que:

"a) No existe ninguna disposición constitucional ni legal que dé acción o faculte a los particulares o entidades privadas, para requerir a la Nación o a los Departamentos o exigir coercitivamente de tales entidades de derecho público

el cumplimiento de las leyes y de las ordenanzas;

"b) El requerimiento judicial fué consagrado por el legislador (Art. 1608 del C. C.) y reglamentado en el Código de Procedimiento Civil (Art. 325) únicamente para colocar en mora al deudor en orden a exigir el cumplimiento de una obligación. Ahora bien, de la lectura de los textos de la Ley 134 de 1948 y de su Decreto reglamentario número 2637 de 1950, no se deduce la existencia de una obligación para el Departamento de Cundinamarca y a favor de la "Compañía Urbanizadora de Palanquero S. A....".

"c) Luego, no existiendo obligación alguna a cargo del Departamento de Cundinamarca y a favor de la entidad solicitante, el requerimiento judicial decretado es improcedente...".

La reposición fué negada. El Tribunal consideró que para decretar el requerimiento, diligencia de carácter extrajudicial en que no se controvierte derecho alguno, no se exige la prueba de la existencia de la obligación, ni la demostración de que el requerido es evidentemente deudor u obligado, toda vez que el mérito probatorio de los documentos exhibidos y los efectos del propio requerimiento sólo corresponde determinarlos al juez ante quien se hagan valer.

Concedida la apelación interpuesta en tiempo por el Fiscal del Tribunal, y recibidos en esta Sala los autos, se procede a fallar el recurso, una vez que se hallan totalmente cumplidas las ritualidades de la alzada. Para ello se considera:

No en una sino en varias ocasiones la Corte ha tenido oportunidad de ocuparse de esta clase de negocios, y en ellos, invariablemente, lo primero que ha sido puesto de presente es el aspecto fundamental de su competencia para conocerlos y desatarlos.

En efecto, esta misma Sala ha reconocido de manera uniforme que por cuanto las normas procedimentales sobre competencia le atribuyen de manera exclusiva a los Jueces de Circuito y a los Municipales a prevención con aquéllos la función relativa a la práctica de aquellas diligencias "en que no haya oposición de parte, o no tengan carácter de juicio, siempre que no estén atribuídas expresamente a otra autoridad", es de toda lógica que la Corte carece de competencia para conocer de tales actividades judiciales (artículos 112 y 119 del C. Judicial).

En idéntico caso se encuentra el Tribunal, ya que en ninguna de las atribuciones que le fija el Art. 79 del C. Judicial se halla comprendida la que se relaciona con la práctica de diligencias del carácter de las de que aquí se trata, ni aún en el caso de que el requerimiento o la reconvención se dirijan contra la Nación o los Departamentos.

La Corte ha sido muy clara y enfática a este respecto. En providencia de 10 de febrero de 1941 dijo, en efecto:

"El requerimiento, según fallo dictado en la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, "entraña la práctica de diligencia extrajudicial, que no implica ninguna suerte de controversia, ni oposición de parte. El requerimiento equivale a una sencila notificación a la persona designada, de la solicitud del que la formula, cuyos efectos se valoran posteriormente, si hay lugar a juicio en que se haga mérito del requerimiento". (GACETA JUDICIAL, números 1957 y 1958).

"De acuerdo con este orden de ideas, el señor Procurador Delegado en lo Civil emite el siguiente concepto que la Corte acoge por considerarlo jurídico:

"El requerimiento judicial al deudor para el efecto de constituírlo en mora no es una orden de pago impartida por el Juez. Es el acreedor por conducto del Juez quien requiere de pago a su deudor. El calificativo de **judicial** proviene de que es el Juez quien notifica o hace saber al deudor el requerimiento del acreedor.

"Siendo ello así, las diligencias sobre requerimiento no tienen carácter contencioso. Por medio de ellas no se promueve juicio alguno de jurisdicción contenciosa. El requerimiento no es una demanda judicial por la cual se promueve un juicio civil contencioso. De consiguiente, aun siendo parte la Nación, queda fuéra de la competencia señalada por el artículo 76 del Código Judicial a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial para los **asuntos contenciosos** en que aquélla es parte".

"De modo, pues, —continúa el auto transcrito— que si el requerimiento no es asunto contencioso, no es de la competencia del Tribunal, como bien claro lo expresó esta entidad en el auto recurrido.

"La Corte acoge igualmente la opinión del citado funcionario por la cual indica la competencia para casos como el presente, cuando dice:

"Que los Jueces de Circuito no pueden conocer de asuntos judiciales en que tiene interés la Nación, no es un precepto absoluto. Son varios los asuntos judiciales en que es parte el Estado y que se atribuyen a la competencia de los Jueces de Circuito. De tal suerte que nada habrá de

irregular en que el requerimiento de un acreedor a la Nación se notifique por medio de un Juez de Circuito, como se notifica, v. gr., la cesión de un crédito al deudor" (G. J. Nº 1970, pág. 132).

Por manera que es inobjetable la solicitud de revocatoria de la providencia apelada hecha por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su exposición de traslado, fundada como está en los mismos principios sobre jurisdicción y competencia, expuestos anteriormente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, falla:

Revócase el auto materia de esta apelación, y decláranse sin ningún valor ni efecto los requerimientos hechos en virtud de aquella misma providencia.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse los autos.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada. Luis Rafael Robles — Rafael Ruiz Manrique— Luis Hernando Vargas V., Secretario.

ES NULA LA PROVIDENCIA EN LA CUAL NO HAN INTERVENIDO TODOS LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL QUE CONFORME A LA LEY DEBIAN TOMAR PARTE EN SU PRONUNCIAMIENTO Y ES IGUALMENTE NULA LA ACTUACION POSTERIOR

Dice el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se discutan cuestiones de derecho privado; pero añade el artículo 77 que el fallo definitivo en los negocios de que trata el ordinal citado deben dictarlo todos los magistrados de la sala civil cuando el respectivo tribunal se halle dividido en dos salas.

En el caso presente la providencia apelada no llena el requisito legal indispensable de haberse proferido por la autoridad que debía haberla proferido, que no era una sala de decisión de tres magistrados, sino la sala entera de lo civil.

Así las cosas, lo actuado con posterioridad al fallo de que se trata carece de valor, y así habrá de declararse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Santa Marta, en providencia de 19 de mayo último, condenó a la Nación a cerrar unas ventanas del edificio del Hotel Tayrona, que dan vista y luz sobre habitaciones y patios de un inmueble del señor José María Leyva, y a cambiar el sistema de desagüe de aguas lluvias en tubos que dan sobre el mismo inmueble, pero niega la petición de que se cancele el servicio de luz y vista de dos de las ventanas.

El señor Fiscal interpuso el recurso de apelación contra dicha providencia y ya se cumplió el trámite de la segunda instancia.

Mas, observa la Sala que el fallo no fué dictado por los seis magistrados del Tribunal, sino por tres solamente, lo que impide el estudio de fondo del negocio.

En efecto, dice el ordinal 1º del artículo 76 del código judicial que los tribunales superiores conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se discutan cuestiones de derecho privado; pero añade el artículo 77 que el fallo definitivo en los negocios de que trata el ordinal citado deben dictarlo todos los magistrados de la sala civil cuando el respectivo tribunal se halle dividido en dos salas.

En el caso presente la providencia apelada no llena el requisito legal indispensable de haberse proferido por la autoridad que debía haberla proferido, que no era una sala de decisión de tres magistrados, sino la sala entera de lo civil, que en el Tribunal está compuesta por todos los magistrados, de conformidad con el decreto 0976 de 1951 (art. 3º).

Así las cosas, lo actuado con posterioridad al fallo de que se trata carece de valor, y así habrá de declararse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara nulo lo actuado, desde la sentencia apelada, inclusive, y ordena devolver el proceso al Tribunal de origen para que se dicte en legal forma la correspondiente sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas V., Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDI NARIA PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN LA OCUPACION DE PROPIEDADES PARTICULARES CON OCASION DE LA REALIZACION DE TRABAJOS PUBLICOS Y CUANDO ESAS OCUPACIONES TENGAN EL CARACTER DE DEFINITIVAS

Si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad, sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble, sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline —a quien cita la Procuraduría— en estos casos "el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo, la de restitución, pues ésto entorpecería el funcionamiento de un servicio público".

De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte (20) de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente Dr. Luis Rafael Robles)

En demanda de fecha 25 de agosto de 1948, y en calidad de apoderado de los señores José Antonio Bula Ojeda, Victoria Francisca Bula Ojeda, María O. Bula Ojeda de Palacio, Candelaria Bula Ojeda de Manjarrés, Francisca Helena Bula Tejera, Alicia Leonor Bula Sanmiguel, Ruby E. Bula Sanmiguel, Blanca María Bula Sanmiguel, Marco Antonio Bula Sanmiguel, Dora Bula Sanmiguel de Rojas, Carolina Bula Sanmiguel, Ricardo Armenta Bula, Rafaela Armenta Bula de Bravo Maury, Victoria Isabel Armenta Bula de Martínez, Amalia Victoria Bula de Simmonds, Sara Cecilia Bula de Munarriz, María Antonia Bula de Salas, Paulina Esther Bula de Ibañez y América Bula de Cepeda, todos herederos reconocidos dentro del juicio de sucesión de la señorita **Mercedes Bula Ojeda,** solicitó el doctor Antonio José Pantoja, ante el Tribunal Superior de Barranquilla, que en juicio ordinario contra la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, se hicieran las declaraciones que pasan a resumirse:

Primera.—Que es de propiedad de la sucesión ilíquida de la señorita Mercedes Bula Ojeda, representada por sus herederos, un lote de terreno situado en el lugar llamado "**La Loma**", del área de Barranquilla, el cual lote tiene la figura de un exágono irregular y mide por su lado oeste, trescientos cuarenta y dos metros (342 m.); por el lado sur, ciento cuarenta y un metros sesenta y seis centímetros (141,66 m.); por su segundo lado sur, setenta y siete metros cuarenta y ocho centímetros (77,48 m.); por su menor lado sur, quince metros (15 m.); por su primer lado oeste, ciento tres metros ochenta y ocho centímetros (103,88 m.); por su segundo lado oeste, ciento cinco metros setenta y seis centímetros (105,76 m.); por su tercer lado oeste, ciento veinticinco metros (125 m.); por el primer lado norte, cuarenta y siete metros (47 m.); por su segundo lado norte, con el cual se cierra la figura, cincuenta y cinco metros (55 m.). Este lote, adjudicado a la causante Mercedes Bula Ojeda y marcado con el Nº 4, en el plano sobre partición de otro de mayor extensión, linda por el norte con lote que pertenecía en común a los once herederos de Manuél María Bula y Victoria

Ojeda de Bula, y con el lote Nº 3, de propiedad de Miguel Angel Bula Ojeda; por el sur, con el Canal del Centro, la Canalización y Rafael Salcedo e Hijos; por el este, con el lote marcado en el plano con el Nº 5 de propiedad de Candelaria Bula Ojeda de Manjarrés; y por el oeste, con terrenos de Manuel Betancourt, Rafael Salcedo e Hijos y la Canalización.

Segunda.—Que la Nación, poseedora material del lote antes descrito, debe restituírlo **in corpore** a la parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia.

Tercera.—Que en subsidio de la petición precedente, la Nación debe restituír **in corpore** a la parte demandante las porciones del terreno en cuestión que no haya deteriorado o transformado en canales o caños u ocupado con edificios u obras de carácter permanente para el servicio del puerto local de Barranquilla, o para cualquier otro servicio público; y además, debe pagar en dinero a la parte demandante las partes o porciones del expresado lote de terreno que haya transformado en canales o a las cuales haya incorporado obras permanentes, destinadas al puerto de Barranquilla, al Ejército Nacional o a otro servicio público del Estado.

En relación con las anteriores peticiones a que en lo sustancial se reducen las seis de la demanda, se adujeron los hechos que en seguida se sintetizan:

a) La causante Mercedes Bula Ojeda —representada ahora por sus herederos— adquirió el lote de terreno demandado por medio de la escritura Nº 305 de 18 de marzo de 1916, otorgada en la Notaría 2ª de Barranquilla, escritura por la cual se le adjudicó dicho terreno a la señorita Bula Ojeda, de común acuerdo entre los condueños de otro de mayor extensión (hecho 1º).

b) La tradición anterior de este terreno de mayor extensión se remonta a las últimas décadas del siglo pasado (hechos 2º y 3º).

c) El lote de terreno reclamado se encuentra dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, y ostenta títulos inscritos por un lapso mayor de veinte años (hecho 5º).

ch) Dicho inmueble ha sido explotado económicamente por sus distintos dueños, quienes hasta principios de 1933, en que entró a ocuparlo la Nación, mantenían en él pastos artificiales y ganados, con las cercas necesarias, etc. (hechos 4º y 9º).

d) De conformidad con el Decreto Ejecutivo Nº 2210 de diciembre de 1932 y con la Resolución 223 del mismo año, emanada del Ministerio de Industrias, la Nación destinó el siguiente globo de tierra para obras del Terminal o puerto local de Barranquilla, por estos linderos: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado de Los Tramposos; por el este, el mismo río Magdalena; y por el Oeste, el caño denominado de Las Compañías, también llamado de La Tablaza" (hechos 6º y 7º).

e) Dentro del globo antes descrito está comprendido el de la demanda, el cual fué ocupado por la Nación en el año de 1933, transformando una parte en canales o caños, levantando en otra parte obras para el puerto local de Barranquilla, y dejando otra parte bajo la vigilancia de los empleados de la Intendencia Fluvial (hechos 9º y 10º).

El apoderado de los actores alegó en derecho varias disposiciones del Código Civil y el artículo 7º de la ley 200 de 1936.

De la expresada demanda se dió traslado al señor Fiscal Segundo del Tribunal, quien como representante de la Nación la contestó en escrito de 28 de septiembre de 1948, terminando por proponer "no sólo la excepción de prescripción sino todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió". Después se abrió el juicio a pruebas y se practicaron las pedidas por los demandantes; se recibieron los alegatos de las partes; y finalmente se citó a éstas para sentencia.

Con lo cual, terminada la actuación de primera instancia, el Tribunal Superior de Barranquilla puso fin al negocio por sentencia de fecha treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta, declarando en la parte resolutiva: 1º—Que es de propiedad de la sucesión ilíquida de la señorita Mercedes Bula Ojeda el lote de terreno especificado en la demanda; 2º—Que no es el caso de ordenar la restitución del inmueble "porque, como se ha dicho en la parte motiva, la Nación lo tiene ocupado con trabajos públicos nacionales"; y 3º Que "el Tribunal carece de competencia para conocer de las súplicas relacionadas con el pago del terreno".

En dicho fallo se expusieron, para llegar a la precedente decisión, las razones que pasan a transcribirse:

"Dados los términos en que se encuentra redactado el libelo, la acción intentada por el actor es la acción declarativa de dominio, la cual es via-

ble, porque, como se ha dicho anteriormente, el demandante ha presentado los títulos correspondientes que acreditan la propiedad sobre el inmueble.

"La súplica quinta de la demanda se encamina, de manera principal, a obtener la restitución del inmueble motivo de la litis, pero como se comprobó en la diligencia de inspección ocular, en virtud de los trabajos del Puerto Fluvial de Barranquilla, la Nación se halla imposibilitada para hacer esa entrega a los demandantes siendo por tanto el caso de entrar a estudiar la petición subsidiaria que se hace en este mismo punto del libelo y en el punto sexto, encaminada a obtener la correspondiente indemnización en dinero del valor del inmueble ocupado por el demandado.

"De acuerdo con claras y terminantes disposiciones legales, corresponde privativamente al Consejo de Estado la competencia de los reclamos contra la Nación por indemnizaciones por causa en trabajos públicos nacionales (artículos 33, numeral 2º., y 261 del Código Contencioso Administrativo). Lo primero que debe estudiarse es si nos encontramos en presencia de la ejecución de trabajos públicos nacionales, para saber si el Tribunal tiene competencia para decretar la indemnización subsidiariamente solicitada. La jurisprudencia ha aceptado que para que se pueda hablar de trabajo público nacional, deben reunirse estos tres elementos: Que la obra se realice por cuenta del Tesoro Nacional; que se ejecute en beneficio general de la colectividad; y que el trabajo se lleve a cabo sobre inmuebles. Y como en el presente caso se reúnen a cabalidad las tres condiciones de que se ha hecho mérito, pues los trabajos del Puerto Fluvial se ejecutaron y ejecutan sobre un inmueble, en beneficio de toda la Nación y con fondos de ésta, tenemos entonces que nos encontramos en presencia de una ocupación de un inmueble de propiedad privada por parte de la Nación con motivo de la realización de una obra pública nacional, circunstancia que le hace perder al Tribunal Superior la competencia para ordenar el pago de la indemnización solicitada. Además, de acuerdo con el artículo 269 de la obra citada, es al propio Consejo de Estado a quien corresponde ordenar que se extienda a favor de la Nación el título traslaticio de dominio".

Apelada por ambas partes la sentencia del Tribunal, vino el asunto a esta Sala de Negocios Generales, donde habiéndose tramitado ya el recurso con arreglo a la ley, se procede a resolver lo que en derecho corresponda.

La competencia

Respecto de la competencia de la justicia ordinaria para conocer de la acción subsidiaria sobre pago de aquellas partes del terreno demandado que se hallen ocupadas con obras para el puerto local de Barranquilla, ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Sala en distintos fallos, en sentido contrario a lo sostenido por el Tribunal.

Así, en sentencia de fecha 23 de mayo de 1951, se dijo:

"Dice el artículo 76 del Código Judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...', entre los cuales indudablemente están comprendidas los que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (artículo 33, ordinal 2º; artículo 52, ord. 7º; y Capítulo XXII del Código de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante sentencia judicial e indemnización previa. Y el artículo 33 estatuye que 'en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al orden judicial...'; agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su pro-

piedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

" 'La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir **a fortiori** cuando tales formalidades se han omitido' (Curso Elemental de lo Contencioso Administrativo, pág. 163)".

Y en sentencia de fecha cuatro de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, después de transcribir los apartes anteriores, agregó esta Sala en desarrollo de su nueva tesis:

"De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate **de acciones encaminadas a obtener una simple reparación de daños producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que** —desde luego— **no pueden considerarse extraños los que se** siguen de una ocupación que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de índole puramente transitoria o temporal; pero que son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio. Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (art. 955 del C. C.) antes que de una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

"Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y cómo también respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales, el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que 'se verifica la ocupación', como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea 'dentro de los dos años de ocurrido el daño', según lo prevenido antes por este mismo precepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, y de que conoce la justicia ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado".

Sobre la doctrina de los fallos anteriores expresa ahora su disentimiento el señor Procurador Delegado en lo Civil, en sus alegaciones ante esta Sala, con razones más o menos iguales a las expuestas por él en otros casos semejantes al actual, razones que en lo sustancial se transcriben a continuación:

"En los artículos 263 y 269 del C. C. A. se perfila nítidamente la figura de la ocupación por trabajos públicos como una toma de posesión de un inmueble por parte de la Administración, posesión que, si alguna similitud pudiera encontrársele en derecho privado, no sería otra que con el despojo cometido por un particular en predio de otro particular. Y a nadie se le ocurre pensar que el despojo es privación del dominio: es nada más, pero tampoco nada menos, que desposesión violenta, sancionable con el respectivo interdicto posesorio.

"El artículo 263 dice, en efecto, que la demanda indemnizatoria se debe presentar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, 'dentro de los dos años de ocurrido el daño o verificada la ocupación'. Y el 269 expresa con toda claridad: 'Si se tratare de una ocupación de una propiedad inmueble, y se condenare 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'. Hasta cuando se dicte la sentencia condenatoria, el dueño continúa siendo dueño, a pesar de la ocupación. Por eso, dice Waline en el pasaje que vuestra Sala viene transcribiendo en las sentencias proferidas desde el 23 de mayo hasta el 4 de agosto del año en curso (se hace referencia al año de 1951) —en las que por extraño modo se sostiene la combatida tesis de la expropiación—: 'De modo que el propietario (en estas ocupaciones), ha perdido en su inmueble un cierto derecho que no es la propiedad, y recíprocamente, la Administración ha ganado lo que el propietario ha perdido: la posesión. La persona administrativa es, pues, poseedora de la cosa de otro'.

"Con todo lo cual dejo satisfactoriamente demostrada la inaplicabilidad del artículo 30 de la Constitución, sobre garantías del derecho de propiedad, a casos como el sub-judice; y que, por lo mismo, el Capítulo XXII del C. C. A., que sí es el pertinente, no adolece de la inexequibilidad.

"....

"En el concepto de que las ocupaciones a que vengo refiriéndome son privaciones inconstitucionales del dominio particular, y, además, teniendo en cuenta el artículo 76 del C. J., según el cual los Tribunales Superiores conocen en primera instancia 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...', habéis fundado esta conclusión de vuestra memorable sentencia de veintitrés de mayo último (de 1951): 'lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma especificada o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Para la H. Sala Poder Judicial es la justicia común, nada más. Quedan fuéra de su órbita las jurisdicciones especiales, como la del Senado, en ciertos casos, la del Consejo de Estado, en otros, y la jurisdicción del trabajo, etc., etc., según vuestro ilustrado criterio.

"Desde la expedición de la Constitución de 1886, el señor Samper se pronunció contra tan restricta interpretación al comentar el inciso 2º del artículo 60 de dicho Estatuto. El precepto en su integridad decía: 'Ejercen el Poder Judicial la Corte Suprema, los Tribunales Superiores del Distrito, y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley. El Senado ejerce determinadas funciones judiciales'. Y el señor Samper en su aludido comentario dijo:

" 'Así, en rigor de verdad, la distinción que hace este artículo es de poco momento, y sólo de palabras; pues es claro que el Senado es parte componente del Poder Judicial, para el solo efecto de fallar en determinados casos, una vez que en estos casos o juicios le incumbe ejercer la jurisdicción, o sea ejercer el Poder Judicial en una parte, por derecho constitucional'.

"'Y agregó lo siguiente, que, aunque en su parte final es hipotético, ha quedado suficientemente aclarado con las reformas constitucionales introducidas a la Carta en el presente siglo:

" 'En suma, lo esencial en este asunto es el principio sentado por este artículo, según el cual es la ley la fuente del orden secundario y de las autoridades del Poder Judicial, en sus esferas inferiores, puesto que es la ley quien crea los Tribunales y Juzgados y les dá atribuciones y jurisdicción; salvo lo que la Constitución estatuye directamente respecto de dos altos Tribunales: el senado (artículo 96) y la Corte Suprema de Justicia (artículo 151); y también hipotéticamente el Consejo de Estado, en lo contencioso-administrativo (artículo 141, atribución 3ª)'."

Continúa diciendo el señor Procurador Delegado en lo Civil que la cuestión ofrece hoy mayor claridad, porque la actual Codificación Constitucional, a partir de la reforma de 1945, ya no habla de Poder Judicial sino de rama jurisdiccional del poder público, incluyendo en ella a los organismos de lo contencioso-administrativo. Concluye así:

"Lo que el Constituyente ha querido en el artículo 30 de la Carta es que no se prive de la propiedad privada a nadie sin sentencia jurisdiccional y, en la mayoría de los casos, (de desearse es que no hubiera excepciones como las autorizadas en el aparte final del precepto) sin indemnización previa".

Mas como a las mismas razones anteriores de la Procuraduría hubo de referirse la Corte en reciente fallo de diez de junio de este año, dictado en un juicio de modalidades similares al presente, bástale con reproducir aquí lo que entónces dijo para no acogerlas, en los siguientes términos:

"'A pesar de las autorizadas opiniones del señor Samper antes transcritas, estima la Sala que la Constitución de 1886, al exigir para las enajenaciones forzosas mandamiento judicial, no se refirió con esta expresión sino a la justicia ordinaria o común, que era el poder judicial por antonomasia, y no a juridicciones de carácter especial como la de lo contencioso-administrativo: en primer lugar, porque esta jurisdicción no se instituyó en aquel Estatuto, donde apenas se le dejó a la ley la facultad de establecerla (art. 164); y en segundo término, porque el artículo 1º de la ley 105 de 1931, que es reproducción casi exacta del artículo 1º de la ley 100 de 1892, estatuyó lo siguiente:

" 'La administración de justicia se ejerce de modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores.

" 'En casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los Tribunales Militares, las autoridades administrativas y aún por personas particulares, en calidad de jurados, árbitros, etc., que participan en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ellas incluya a tales entidades, ni a los empleados que las componen, en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial'.

"De otro lado, si en la reforma de 1945 se establece que 'son ramas del Poder Público: la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional', incluyendo dentro de esta última rama a las entidades de lo contencioso-administrativo, no por ello es menos cierto que la expresión judicial se mantuvo o reservó únicamente para los organismos de la justicia ordinaria o común, como se desprende de las disposiciones de dicha reforma incorporadas como artículos 5º y 159 de la actual Codificación constitucional, que en lo pertinente dicen:

"**Artículo 5º, inciso final:** 'La ley podrá crear y suprimir Intendencias y Comisarías, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativa'.

"**Artículo 159, inciso 1º:** 'Las calidades exigidas a los funcionarios del Orden Judicial, del Ministerio Público y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se acreditarán en la forma que la ley determine'.

"Pero si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

"Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline —a quien cita la Procuraduría— en estos casos 'el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo, la de restitución, pues ésto entorpecería el funcionamiento de un servicio público'.

"De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada".

La propiedad del terreno

De acuerdo con dictámen rendido por los peritos David Moreno Escobar y Antonio Moreno Vives con fecha veintiocho de julio de mil novecientos cuarenta y nueve (fs. 43 a 45 del Cuad. Nº 2), el terreno de la demanda se encuentra ubicado dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, en el sector llamado "La Loma", lo cual se encuentra corroborado en el juicio con otros documentos (fol. 10 del cuaderno Nº 2, y folio 1 del cuaderno Nº 3).

De otra parte, según las demás pruebas de estos autos, también se ha demostrado lo siguiente:

1º—Que los demandantes son herederos de la señorita Mercedes Bula Ojeda, como consta en los respectivos reconocimientos judiciales, (fols. 1 a 3 del cuaderno Nº 5);

2º—Que a la señorita Mercedes Bula Ojeda se le adjudicó el terreno de la demanda por la escritura Nº 305 de diez y ocho de marzo de 1916 de la Notaría Segunda de Barranquilla, registrada inicialmente con fecha 7 de febrero de 1918 (fol. 9 v. del Cuad. Nº 4); adjudicación a la que se llegó de común acuerdo entre los copartícipes de otro terreno de mayor extensión, señores Victoria Fran-

cisca Bula O., Mercedes Bula O., Elena Elvira Bula O., Amalia Bula de Whelpley, Candelaria Bula de Manjarrés, Manuel María Bula O., Miguel Angel Bula O., Aníbal Segundo Bula O., José Antonio Bula O., Rafaela Bula de Armenta y María C. Bula de Palacio (fs. 66 a 67 del cuad. Nº 4);

3º—Que este terreno de mayor extensión lo adquirieron los nombrados condueños por habérseles adjudicado dentro del juicio de sucesión de sus padres Manuel María Bula y Victoria Ojeda de Bula, el cual fue protocolizado por medio de la escritura Nº 519 de 17 de julio de 1915 de la Notaría Segunda de Barranquilla, que fué debidamente registrada en el Libro de Causas Mortuorias respectivo, en el año de 1915 (fols. 1 a 10 del Cuad. N° 1); y

4º—Que según dicho juicio sucesorio, el terreno de mayor extensión allí adjudicado por determinados linderos, lo había adquirido el señor Manuel María Bula por compras sucesivas de distintas personas, según títulos que también se han aportado a estos autos.

No sobra agregar que en algunos títulos hay constancia de que el terreno en cuestión estuvo explotado económicamente con cultivos, especialmente de pastos artificiales.

Por todo lo cual, la Corte llega a la conclusión de que el terreno de la demanda es efectivamente de propiedad privada, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7º de la ley 200 de 1936; y ello porque además de estar situado dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla, ostenta títulos inscritos por más de veinte años con anterioridad a la vigencia de la expresada ley.

La ocupación por el Gobierno

Otro hecho que está comprobado dentro del juicio, con absoluta certidumbre, es que el terreno de la demanda lo ocupa actualmente la Nación como si fuera suyo, aprovechándolo para obras de servicio público, como es el puerto local de Barranquilla.

En efecto:

1º—De acuerdo con el Decreto Nº 2210 de 1932, publicado en el Diario Oficial Nº 22172 de 27 de diciembre de dicho año, el Gobierno Nacional destinó para las obras del Terminal Fluvial de Barranquilla, a título de baldío, un globo de terreno determinado así: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado de Los Tramposos; por el este, el mismo río Magdalena; y por el oeste, el caño denominado de Las Compañías" (fol. 37 y v. del cuaderno Nº 2);

2º—En desarrollo de dicho Decreto, se dictó por el Ministerio de Industrias la Resolución Nº 223 de 23 de diciembre de 1932, por medio de la cual se declaró que tenían el carácter de bienes fiscales, "aplicables a la construcción de las obras nacionales del puerto local de Barranquilla", los terrenos baldíos antes especificados, los que quedaban "excluídos de la superficie territorial baldía de la República" (fs. 6 y v. del Cuad. Nº 3);

3º—Los peritos David Moreno Escobar y Antonio Moreno Vives, quienes concurrieron a la inspección ocular practicada por el Tribunal Superior de Barranquilla el siete de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, no sólo afirman que el terreno de la demanda está comprendido dentro de los llamados de "La Loma", que son los determinados en el Decreto N° 2210 de 1932, sino que además expresan categóricamente que todo él ha sido ocupado por la Nación para obras oficiales, como aparece del siguiente aparte de su dictamen:

"La Nación tomó la totalidad del lote que reclama la sucesión ilíquida de Mercedes Bula Ojeda, para las obras oficiales que construyó, así: diez mil doscientos cincuenta metros cuadrados (10.250 m2.) para las Bodegas y patios del Puerto Local; mil trescientos metros cuadrados (1.300 m2.) para los talleres de canalización y treinta y un mil ochocientos metros cuadrados (31.800 m2), ocupados con los nuevos caños. La parte ocupada en tierra figura marcada en el plano en rojo, el resto está en agua o sean Canales, según se puede apreciar en el plano". (fols. 43 a 45 del cuaderno Nº 2).

Forma de restitución

Según lo que se deja visto, la Nación ha venido ocupando el terreno de propiedad particular a que se refiere la demanda, pero no de cualquier manera sino incorporándolo a un servicio público, pues parte de él lo ha convertido en canales y en otras partes ha levantado obras para el puerto local de Barranquilla, como bodegas, talleres, etc.; circunstancias todas que hacen que por razones de interés público, desde luégo superiores al interés privado, no deba ordenarse la restitución del terreno en especie sino el pago de su valor, como por lo demás lo solicitan en subsidio los demandantes.

A este fin, en el dictamen de los peritos Moreno Escobar y Moreno Vives se avaluó el terreno en estos términos:

"El lote de terreno que reclama la sucesión ilíquida de Mercedes Bula O. tiene una área total de cuarenta y tres mil trescientos cincuenta metros cuadrados (43.350 m2.), la cual avaluamos a

razón de cincuenta pesos moneda legal ($ 50.00), o sea en la suma total de dos millones ciento sesenta y siete mil quinientos pesos moneda corriente ($ 2.167.500.00). Las razones que tenemos y en las cuales apoyamos el avalúo son las siguientes: posición del terreno respecto del sector industrial, comercial y portuario de la ciudad, está perfectamente saneado y acondicionado para las mejores obras (por ello se construyó en él Bodegas para el Puerto Local y Talleres para la Canalización) y su colocación al lado de terrenos similares que se venden a precios más altos que el que hemos asignado a éste" (f. 44 v. del Cuad. Nº 2).

Pero a juicio de la Corte, las razones de los expertos para su avalúo, a más de ser algunas de ellas vagas o poco concretas (no se indica siquiera el precio de venta de los terrenos similares), ofrecen principalmente la falla de haberse tomado en cuenta factores inadecuados, como ocurre con el hecho de estar el terreno "perfectamente saneado y acondicionado para las mejores obras", pues todo parece indicar que estas mejoras en parte del lote se debieran a la Nación, lo que sin embargo no fué obstáculo para que sirvieran de base al avalúo total.

De consiguiente, como el justiprecio de los peritos no satisface o convence, la Corte habrá de limitarse a ordenar el pago del valor del terreno, dejando la determinación de su cuantía para que se fije en el incidente previsto por el artículo 553 del C. J., previo un nuevo avalúo en que habrá de tomarse en cuenta:

a) La cabida en metros cuadrados del terreno;

b) Tanto el avalúo castastral como el precio comercial o de venta de terrenos de naturaleza análoga, que estén ubicados lo más cerca que sea posible al de la demanda; procurando en todo caso, por estos medios, llegar a un justiprecio equitativo; y

c) La valorización que haya tenido el predio de la demanda por concepto de las obras generales del Terminal o puerto local de Barranquilla, valorización que se descontará para fijar la cuantía indemnizable.

Consideraciones finales

En este estado, es de anotarse que la Corte ha juzgado innecesario ocuparse de las excepciones perentorias propuestas por el señor Fiscal del Tribunal de Barranquilla, porque habiendo sido presentadas en forma vaga y sin la enunciación de ningún hecho, resultan a todas luces improcedentes.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero.—Declárase que es de propiedad privada y pertenece a la sucesión ilíquida de la señorita Mercedes Bula Ojeda representada por sus herederos el lote de terreno a que se refiere la petición primera de la demanda de este juicio, el cual se halla ubicado en el sitio de La Loma, dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla, y cuyos linderos se han transcrito en esta providencia.

Segundo.—Condénase a la Nación a pagar a la sucesión ilíquida de la señorita Mercedes Bula Ojeda, representada por sus herederos, el valor del lote de terreno a que se refiere la declaración precedente; siendo entendido que en razón de dicho pago habrá de transferirse a la Nación el derecho de dominio sobre el lote mencionado, corriéndole la escritura correspondiente.

La liquidación o fijación del valor del terreno que debe pagarse se hará en incidente separado (art. 553 del C. J.), de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

En los anteriores términos queda reformada la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla de fecha treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta, y resueltas las distintas peticiones de la demanda inicial de este juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas V., Secretario.

OPOSICIONES A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS DE PROPIEDAD NACIONAL. — REQUISITOS PARA QUE PROSPEREN ESTAS OPOSICIONES

El objeto del fallo definitivo que ha de proferir ahora la Corte es el de decidir si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentra en los terrenos materia de las oposiciones, sobre la base de que "es de propiedad privada 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 cualquier otra causa legal" (artículo 10 de la Ley 160 de 1936).

De esta suerte, dos cuestiones fundamentales deben comprobarse: el otorgamiento de un título originario anterior al 28 de octubre de 1873, en que se estableció la reserva petrolífera del subsuelo, en favor del Estado; y la identificación adecuada del inmueble sobre cuyo subsuelo se alega dominio privado, a efecto de comprobar la superposición del lote de la propuesta sobre el que dichos títulos amparan.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticinco de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

La Compañía de Petróleos de Cundinamarca, S. A. se dirigió al Ministerio de Minas y Petróleos, en escrito de 17 de abril de 1946, con el objeto de proponer al Gobierno la celebración de un contrato para explorar y explotar petróleos de propiedad de la Nación, en un globo de tierra de 24.848 hectáreas y 8.026 metros cuadrados, aproximadamente, situado en la región de Besote, de la jurisdicción de los municipios de La Gloria y Gamarra, del Departamento del Magdalena, alinderado en la forma que allí se expresa. (F. 61 del c. 1).

El Ministerio, por medio de la Resolución número 203, de 18 de marzo de 1948, admitió la propuesta, que fue registrada con el número 438 (f. 73 del c. 1).

A esta propuesta se hicieron dos oposicionse: la del señor Dimas Sampayo y la de los señores Félix Zurek, Elías Zurek, Carmen Meisel U., como socio administrador de la sociedad de Rafael Meisel y Cía., Pedro Trigos A., Críspula vda. de Blanco y Carmen Blanco de Pérez (cuadernos 2 y 3).

El Ministerio, teniendo en cuenta que las deficiencias que "en materia de linderos presentan los documentos atrás mencionados no permiten una determinación exacta de los terrenos materia de las oposiciones", resolvió remitir el expediente a esta Sala de la Corte para que, de acuerdo con el artículo 10 del decreto número 10 de 1950, se resuelva definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de las oposiciones.

En esta Sala ya se cumplió el procedimiento señalado en el Código Judicial para los juicios ordinarios de mayor cuantía y de única instancia, por lo cual debe decidirse lo que estime legal.

Los linderos de los terrenos de la propuesta número 438, según el escrito de la Compañía de Petróleo de Cundinamarca, S. A., son los siguientes:

"Como punto de partida se tomó la boca del Caño Morales en el río Magdalena, la cual está ligada topográficamente por rumbo y distancia al mojón de observaciones astronómicas y a otro de referencia, construídos a inmediaciones de dicha boca. Este punto se designa en el plano con la letra A y constituye el primer vértice del polígono, materia de esta solicitud, cuya alinderación es como sigue:

"Partiendo del punto A. se sigue en línea recta con rumbo verdadero Norte diez grados oeste (N. 10º 00 W.) en una distancia de quinientos doce metros (512 mts.) y se llega al punto B segundo vértice de esta alinderación. De B se sigue en línea recta con rumbo verdadero Norte noventa grados Este (N. 90º 00' E.) en una distancia de nueve mil noventa y siete metros para llegar al vértice C; de aquí se continúa con rumbo verdadero Norte cero grados cero minutos Sur (N. 0º 00' S.) en una longitud de quinientos doce metros (512,00 mts.) para llegar al punto D; de este vértice se continúa en línea recta con rumbo verdadero Norte

noventa grados Este (N. 90º 00' E.) en una distancia de nueve mil metros (9.000,00 mts.) y se llega al vértice E; de aquí se sigue con rumbo verdadero Sur dos grados veinte minutos veinticuatro segundos con seiscientos sesenta y ocho milésimos Oeste (S. 2º 20' 24" 668 W.) en una distancia de catorce mil setecientos setenta y seis metros con sesenta y seis centímetros (14.776,66 mts.) para llegar al punto F; este punto F cae exactamente sobre el vértice C de la concesión solicitada por la Compañía Colombiana de Petróleos de Santander, S. A., en la región de Aguachica, Municipios de Aguachica y Gamarra, Departamento del Magdalena, aceptada por el Ministerio de Minas y Petróleos, según Resolución de fecha veintitrés de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro y publicada en el Diario Oficial número 24.492, del viernes diez de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro; de F se sigue en línea recta con rumbo verdadero Norte noventa grados cero minutos Oeste (N. 90º 00' W.) en una distancia de catorce mil ochocientos metros (14.800 mts.) hasta llegar al punto G sobre la margen derecha del río Magdalena; este punto G cae exactamente sobre el vértice D de la concesión solicitada por la Compañía Colombiana de Petróleos de Santander ya citada, de manera que la recta F—G del lote que se está alinderando coincide rigurosamente en toda su extensión con el lado C—D de la Compañía Colombiana de Petróleo Santander varias veces citada. De G se continúa por la margen derecha del río Magdalena hasta llegar al vértice A sobre la misma margen derecha del río Magdalena y punto de partida de esta alinderación cerrando así el polígono. La recta imaginaria que une los vértices G y A tiene un rumbo verdadero Norte diez grados cero minutos Oeste (10º 00' W.) y una longitud de quince mil metros (15.000 mts.)".

Oposición del señor Dimas Sampayo. — El señor Dimas Sampayo presentó su escrito de oposición en el Juzgado Municipal de Gamarra el 27 de enero de 1949 (f. 13 v. del c. 3) y se recibió en el Ministerio el 4 de febrero siguiente.

Dice el opositor que dentro del globo de terreno de la propuesta de la Compañía de Petróleos Cundinamarca, S. A., está comprendida "gran parte" de los terrenos que le pertenecen, denominados "GLOBO DE CORDOBA DE NEORAN" (sic) cuyos linderos son los siguientes:

"Partiendo del Pozo de Racero sobre la quebrada de Noreán se sigue el rumbo Norte verdadero, trece grados sexagesimales; Oeste verdadero, hasta la quebrada de Caimán; ésta abajo, hasta la Ciénaga de Caimán (Palenquillo) por la orilla oriental de ésta, hasta el Caño de Tortugas; siguiendo hasta la Ciénaga de los Terneros; por la banda oriental de ésta hasta el Caño de San Antonio; siguiendo éste, hasta la Ciénaga de Roblar; por la orilla de ésta hasta la boca de la quebrada de Neorán; ésta arriba, hasta el punto de partida, equivalente a un globo de terreno de 2.404 hs. 1.015 mts.2".

Los terrenos comprendidos en la alinderación que se deja transcrita "salieron del dominio del Estado o dejaron de ser oficiales, para convertirse en bienes pertenecientes a particulares".

Y para comprobar que era dueño del predio que se deja alinderado y que había salido del dominio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, presentó el opositor los siguientes documentos:

Copia de la escritura número 13, de 9 de abril de 1931, por la cual Dimas Sampayo le compra a Tomás Sampayo los terrenos de Córdoba, San Antonio de Guácimos, que forman un solo globo que tiene los linderos arriba indicados (f. 1 del c. 3).

Copia de la escritura número 9, de 7 de enero de 1933, por la cual *Dimas Sampayo* le compra a Eladio Argüelles dos casas y dos potreros denominados Chimichagua, Mahoma y Bolívar y que había comprado a Julián Eljach (f. 5 del c. 3).

Copia de la escritura número 850, de 11 de diciembre de 1893, por la cual Pilar Quintero le vende a Tomás Sampayo un terreno denominado Córdoba, por los linderos que allí se indican (f. 8 ibidem), y

Copia de la escritura sin número, de 23 de octubre de 1680, otorgada en Ocaña, por la cual don Joseph Barranco le vende al doctor Antonio Rafael Ballesteros "unas tierras que tengo —dice— compuestas con Su Magestad con título que me despachó de ellas el Sargento Mayor Salvador Barranco Gobernador y Capitán General que fue de la otra Ziudad de Santa Marta en cuatro de abril pasado de mil seiscientos setenta y un años... En la quebrada: de los besotes questa conjunta, con otra quebrada que llaman de los Cristales, que caen en medio de la quebrada Neurán I de la Estanzia de doña Juana de la Barrera viuda del alférez Andrés de Azevedo. En donde tengo compuestas dies fanegas de tierra de pan coger y Pagado los dros. de compocizión con consta del dho. que doi y tengo al dho. comprador..... Las cuales Diez fanegadas de tierra, segúnycomo van referidas Le vendo al dho. dotor don Antonio Rafael Ballesteros..." (f. 10 del c. 3).

Se considera:

Como ya se advirtió, el objeto del fallo definitivo que ha de proferir ahora la Corte, es el de decidir

si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentra en los terrenos materia de las oposiciones, sobre la base de que "es de propiedad privada 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 cualquier otra causal legal" (artículo 10 de la ley 160 de 1936).

De esta suerte, dos cuestiones fundamentales deben comprobarse: "el otorgamiento de un título originario anterior al 28 de octubre de 1873, en que se estableció la reserva petrolífera del subsuelo en favor del Estado; y la identificación adecuada del inmueble sobre cuyo subsuelo se alega dominio privado, a efecto de comprobar la superposición del lote de la propuesta sobre el que dichos títulos amparan". (Fallo de 16 de febrero de 1951, GACETA JUDICIAL, tomo LXIX, números 2096-97, página 258).

Como las partes no pidieron la práctica de prueba alguna dentro del juicio, ha de hacerse el análisis de los documentos remitidos por el Ministerio de Minas y Petróleos a esta Sala, que son los únicos que obran en el proceso.

Sobre el primer punto, o sea, sobre si hay prueba de que el terreno salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, debe decirse que no se ha traído al proceso, pues la escritura de 1680 apenas contiene un contrato de venta entre particulares, en el cual dice el vendedor que las tierras "las tiene compuestas con Su Magestad con título que me despachó de ellas el Sargento Mayor Salvador Barranco, Gobernador y Capitán General que fue de la otra ziudad de Santa Marta en 4 de abril pasado de mil seiscientos setenta y un años". El título originario del Estado sería entonces este último, que no se trajo al expediente, ni hay prueba oficial acerca de su existencia.

A más de ello, en la escritura número 850, de 11 de diciembre de 1893, que contiene la venta de Manuel Benjamín Pacheco a Tomás Sampayo, se dice que aquél le vende a éste la posesión denominada "Córdoba", situada en el municipio de Aguachica, en el punto de "Norián" "y en terrenos baldíos", de suerte que según tal documento había que tener el subsuelo como de propiedad nacional.

Pero prescindiendo de este punto, el análisis que hace el ingeniero director del Servicio Técnico del Ministerio, en su concepto de 24 de noviembre de 1949, no permite vacilar sobre el hecho de que los terrenos materia de la oposición no se han determinado en forma alguna. Dice así en lo pertinente:

"Relacionando los linderos transcritos de las dos escrituras citadas, la de 1931 y la de 1680, con el plano topográfico de la propuesta, obtenemos estos resultados:

"De los linderos descritos en la escritura de 1931 sólo se encuentran estos accidentes topográficos en el plano: el caño Caimán, que parece ser el lindero por el Norte pero no se sabe desde dónde; la ciénaga Caimán, pero a ésta no llega el caño Caimán, sino a otra llamada Tortuga y no figura el caño Tortuga; más al sur está un trayecto de quebrada San Antonio; y nada más. Según esto, como el lindero sur del lote de terreno solicitado en la propuesta corta en dos puntos el caño o quebrada Caimán y ésta es desde alguna parte lindero Norte del predio reclamado, al parecer una parte de ese predio, sin poderlo determinar, está comprendido por aquel lote.

"Los linderos, si así pueden llamarse, que figuran en la escritura de 1680 son muy confusos e incompletos, y de los accidentes geográficos allí mencionados el único que se encuentra en el plano es la quebrada Besote, bastante al Norte del caño Caimán, y como ya vimos que éste es lindero por el norte del terreno reclamado, resulta que el que esté comprendiendo la quebrada Besote o lindando con ésta debe ser terreno distinto del que se indica en la escritura de 1931. Otra quebrada que se cita en la escritura de 1680 es la Neurán que no se sabe si sea la Noreán o distinta de ésta que figura en la escritura de 1931...

Hállase en lo transcrito de la escritura de 1680 que el terreno vendido fue de "dies fanegas de tierra de Pan coger" y según informaciones obtenidas, por ejemplo en la obra del doctor Páez Conrvel, páginas 115 y 116, en la época y en Cartagena y Ocaña esa medida agraria sólo corresponde actualmente a 8 hectáreas con 6.436 metros cuadrados, y por tanto, las diez fanegas equivalen a 86 hectáreas con 4.360 metros cuadrados. Por este detalle también puede creerse que el terreno reclamado ahora de 2404,1015 hectáreas es distinto del de ese documento antiguo".

La Procuraduría comenta, sobre esta oposición, que al opositor le correspondía "mejorar su situación jurídica desvirtuando las objeciones formuladas en el desarrollo del trámite administrativo, mediante las pruebas del caso. Sin embargo, la parte opositora dejó transcurrir el término de prueba ante la Corte sin aportar al proceso nuevos elementos de juicio en punto a sustentar los hechos en que apoyan sus pretensiones.

"De consiguiente —concluye— quedan en pie las irregularidades probatorias observadas por los fun-

cionarios del Ministerio durante la tramitación administrativa del negocio. Lo cual es bastatne..., para desechar las súplicas del libelo de oposición".

Oposición de los señores Félix Zurek, Elías Zurek, Carlos Meisel U., Pedro Trigos A., Críspula de Blanco y Carmen Blanco de Pérez.—Estas personas se opusieron a la propuesta en memorial presentado ante el Alcalde de Ocaña el 10 de febrero de 1949, ante el Alcalde Municipal de Aguachica el 11 de febrero y ante el Alcalde Municipal de Gamarra el 14 del mismo mes.

Según tal escrito, el terreno de la propuesta número 438, hecha por la Compañía de Petróleos Cundinamarca, S. A., "se superpone o cubre gran parte" de los siguientes inmuebles:

a) Un predio denominado El Chorro y El Olvido, de propiedad de los dos primeros, o sea, de los señores Zurek, situado en jurisdicción de los Municipios de Gamarra y Aguachica, del Departamento del Magdalena, alinderado así:

"Tomando la desembocadura de la Cienagueta conocida con el nombre de Bacate en la quebrada de Noreán, de aquí línea recta hacia el norte hasta llegar a la quebrada de Caimán, se toma dicha quebrada de para abajo, hasta llegar a la trocha del señor Tomás Sampayo A.; línea recta por ésta a Chorro Nuevo, de aquí siempre en línea recta, lindando siempre con este punto de travesía hasta llegar a la quebrada de Noreán frente al Rincón de la Fica; se atraviesa esta quebrada de Noreán, cogiéndola un poco de para arriba hasta encontrar una cerca de alambre de propiedad de Zurek Hermanos; se coge esta cerca de para arriba hasta encontrar con el Rincón de la Fica, orillando la sabana de Noreán, hacia el norte de para arriba hasta salir al punto que llaman El Salobre y caer a la quebrada de Noreán, esta quebrada de para arriba hasta dar con el punto citado como primer lindero". Y

b) Un predio conocido con el nombre de Bascate, de propiedad indivisa de Rafael Meisel y compañía, Pedro Trigos A., Críspula López v. de Blanco y de la sucesión de Juan B. Blanco, ubicado en jurisdicción municipal de Aguachica, del Departamento del Magdalena y alinderado así:

"Tomando la desembocadura de la cienagueta conocida con el nombre de Bascate, en la quebrada Noreán, de aquí línea recta natural Norte, siguiendo la amojonadura que existe en esta línea como límite entre los predios de El Chorro y El Olvido, de propiedad de los señores Félix y Elías Zurek, y de Bascate, de propiedad de las personas mencionadas en este aparte, hasta encontrar la quebrada de Caimán; se toma esta quebrada aguas arriba hasta el punto de Las Pozas, en la misma quebrada, que es lindero entre Bascate y el predio que fue de Francisco A. Nieto; de este punto en línea recta hacia el Sur, hasta el lugar donde se encuentran tres árboles de dividivi; de aquí en línea recta al Sur-Este a encontrar los trabajadores de José Dolores Díaz; de aquí en línea recta en la misma dirección a encontrar el punto denominado 'Barablancar'; de este punto se toma el camino que se va para Caimán por el pie del cerro del Cacique hasta encontrar la quebrada de Noreán, aguas abajo por esta quebrada a la desembocadura de la cienegueta de Bascate, también conocida con el nombre de quebrada de Bascate, en la quebrada de Noreán punto de partida".

Los dos inmuebles determinados por su ubicación y linderos —dicen los opositores— hacen parte de un lote de mayor extensión, que salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873 y desde entonces no ha vuelto a ingresar a dicho patrimonio.

Para comprobar este último aserto presentaron los opositores varias escrituras anteriores al año de 1873, así:

La primera es la de 20 de marzo de 1700, por medio de la cual Cipriano Téllez Girón aseguró al Ldo. Pedro Suárez del Rincón una capellanía de 300 patacones y los cargó "sobre una estancia que he y tengo en tierra caliente de esta Jurisdicción, nombrada San José de Neurán, que se compone de arboledas de cacaos, un trapiche corriente y moliente con todos sus aperos y dos fondos de coser miel, de cobre que tendrán once arrobas poco más o menos, sus cañaberales y demás sembrados y cultivado en ella, con cinco piesas de esclabos para su beneficio..." (f. 1 del c. 2).

La segunda es la de 5 de septiembre de 1707, por la cual don Cipriano Téllez Girón se obliga "de dar y pagar en cada un año al redimir y quitar veinte patacones desenso y tributo en cada un año desde oi día la fha... todo lo cual situo y cargo sobre unas hasiendas que e y tengo nombradas 'San Joseph de Neorán' que se componen de arboledas de cacaos y cañaberales de caña dulce..." (f. 4 ibidem).

En la escritura de 27 de marzo de 1714 el mismo Téllez Girón se constituye deudor de Agustín Rizo y da en garantía la estancia de Neorán, pero tampoco da linderos (f. 9 ibidem).

Ya en la de 26 de junio de 1718, por la que el mismo Téllez le vende a su hijo Luis Téllez Girón la hacienda de Neorán explica que "se compone al presente de dos caballerías de tierra de pan coger

y ganados pastar", escritura que fue cancelada (f. 11 ibidem).

En la de 4 de abril de 1721 hace constar Téllez Girón que la hacienda de San José de Neorán "se compone de dos caballerías de tierra de pan sembrar y ganado pastar mas o menos de las que constaren de los títulos y composición de dichas tierras con su Magestad" (f. 14 ibidem).

En varias piezas del juicio de sucesión de doña María Espinosa de los Monteros no se encuentran datos que aclaren los puntos que se averiguan, pues apenas se nombran las tierras de Neorán (fls. 17 a 20 ibidem).

En la de 1º de julio de 1758 se encuentran estos linderos: "Desde la trocha del Cacique, aguas abajo de un lado y otro hasta donde llaman El Salto, y por otro nombre el Esparramadero inclusive la sabana que confina con dicho Neorán" (f. 27 ibidem).

Y en la de 3 de agosto de 1761, estos otros: "Desde el sitio de Corral o quebrada que llaman de 'Aguas', abajo hasta donde llaman el Rincón de Fica, cortando por derecho a la quebrada de Caimán, siguiendo aguas arriba hasta la cordillera". Y se advierte que el comprador "pidió título en forma ante don José Dionisio de Noriega siendo Juez de Tierras, que se le despachó en el sitio de Fernández de esta jurisdicción, en veinte de octubre de 1742 por ante testigos en defecto de escribano que he hecho presente para su cita y entrega a dicho comprador" (f. 29 ibidem).

Siguen luego otros documentos en que se mencionan linderos, tales como las escrituras de 1890, 1893, 1894, 1908, 1910 y 1913. Es sólo en la escritura número 49, de 24 de mayo de 1914, en la que se dan los linderos del predio de El Chorro y El Olvido, en forma que, en líneas generales, coinciden con los actuales (f. 63 ibidem) y en otras posteriores se precisan los de Bascate.

Se considera:

Respecto de esta oposición, como de la anterior, deben hacerse las mismas anotaciones, esto es, que ni se trajo el título por el cual los predios salieron del patrimonio del Estado antes del año de 1873, en que la Nación hizo la reserva nacional del petróleo, ni existen otras pruebas de esta circunstancia, ni los terrenos pueden ser identificados por sus linderos dentro de los que abarca la propuesta número 438, de la Compañía de Petróleos Cundinamarca, S. A.

Sobre el segundo punto, esto es, sobre la falta de correspondencia o identificación de los predios dentro de los de la propuesta, cabe reproducir lo dicho por el ingeniero director del Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos, al estudiar los últimos linderos, dados en el memorial de oposición:

"Al buscar en el plano topográfico de la propuesta los accidentes topográficos mencionados en esos linderos —dice— sólo se encuentra la quebrada Caimán, que es lindero norte, aguas abajo, para el primero de los predios, y aguas arriba, para el segundo, pero no se sabe desde qué punto. Y como ya vimos que el lindero Sur del lote solicitado corta esa quebrada o caño en dos puntos, no habiendo más detalles para localizar dichos predios, apenas puede creerse que talvez parte de ambos o de uno de ellos está comprendida por el lote de la propuesta" (f. 95 del c. 1).

Esto en cuanto a los linderos que traen las últimas escrituras, transcritas antes y tomados del memorial de oposición. Pero yendo a los primeros documentos, fallan por la misma falta de correspondencia o identificación, pues en la escritura de 1700 no se citan linderos, así como tampoco en las tres subsiguientes. Y en cuanto a la de 1721, en que se habla de "los títulos y composición de dichas tierras con su Magestad", apenas es una cita a ellos, y, por tanto, no es posible saber la extensión y determinación de los predios, supuesto que no se conocen los documentos que traten de tales composición y títulos.

El señor Procurador conceptúa que, no habiendo desvirtuado los opositores las objeciones formuladas por los funcionarios del Ministerio de Minas y existiendo ahora la misma situación probatoria que cuando se puso fin a la actuación administrativa, no puede accederse a sus pretensiones.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de las oposiciones de que se ha venido hablando y por los linderos señalados en los escritos de oposición, que se dejan copiados en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente al Ministerio del Ramo.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles — Rafael Ruiz Manrique. — Luis Hernando Vargas V., Secretario.

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS JUICIOS SEGUIDOS CONTRA LA NACION POR OCUPACIONES DE PROPIEDADES PARTICULARES PARA LA REZALIACION DE OBRAS PUBLICAS. — LA DESTINACION DE UN BIEN A UN USO PUBLICO, NO TRANSFIERE EL DOMINIO EN FAVOR DEL ESTADO. — ACCIONES DE SIMPLE DECLARACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales—Bogotá, treinta (30) de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Antonio José Pantoja, obrando en calidad de apoderado de la señora Sara Isabel Roca de Cepeda, intentó demanda ante el Tribunal Superior de Barranquilla para que, en juicio ordinario contra la Nación, representada por el respectivo Agente del Ministerio Público, se hicieran las declaraciones que a continuación pasan a resumirse:

Primera.—Que es de propiedad de la señora Sara Isabel Roca de Cepeda un lote de terreno situado en el lugar llamado "La Loma", del área urbana de la ciudad de Barranquilla, el cual lote consta de diez hectáreas con trescientos metros cuadrados, queda en la banda oriental del caño de "La Tablaza o del Centro", con salida a la banda occidental del río Magdalena, y linda así: por el norte, ciento veinticuatro metros veinte centímetros (124,20 metros), con el río Magdalena; por el este, cuatrocientos setenta y cinco metros (475 mts.) con lote de Paulina Esther Roca y Zoila Rosa Roca de Insignares; por el sur, doscientos cincuenta y ocho metros (258 mts.), con el mismo lote adjudicado a Paulina Esther Roca y Zoila Rosa Roca de Insignares; y por el oeste, setecientos seis metros (706 mts.), en una línea poligonal con ángulos entrantes y salientes, y caño de La Tablaza o del Centro en medio, linda con el predio de La Esmeralda, de propiedad de José Francisco Insignares S., y con lote adjudicado a Luciano C. Cepeda Roca.

Segunda.—Que la Nación, actual poseedora del lote antes descrito, debe restituírlo *in corpore* a la parte demandante, bien sea en su totalidad o solamente en las partes o porciones "que no estén deterioradas o transformadas por la entidad demandada en Caños o Canales permanentemente ocupados por las aguas o para otros menesteres de las obras del Terminal Fluvial del puerto local de Barranquilla".

Tercera.—Que la Nación debe pagar en dinero a la señora Roca de Cepeda las partes o porciones del predio mencionado que el gobierno "deterioró o transformó en Caños o Canales permanentemente ocupados por las aguas", como obra del Terminal Fluvial del puerto local de Barranquilla; así como también las demás porciones de dicho terreno que por cualquier otro motivo la Nación esté en imposibilidad de restituir *in corpore*.

Como fundamentos de las anteriores peticiones, a las cuales se reducen en lo esencial las seis de la demanda, se expresaron los hechos que pasan a sintetizarse:

a) La señora Sara Isabel Roca de Cepeda adquirió el lote de terreno demandado por adjudicación que se le hizo en un juicio divisorio seguido ante el Juez 1º del Circuito de Barranquilla por los condueños de un globo de mayor extensión, señores Luciano Cepeda Roca, Zoila Roca de Insignares, Paulina Esther Roca Insignares y la propia demandante; juicio que fue protocolizado por medio de la escritura número 522 de 26 de marzo de 1927 de la Notaría Primera de Barranquilla (hechos 1º y 3º).

b) La señora Roca de Cepeda había adquirido la quinta parte del terreno objeto del juicio divisorio por habérsele adjudicado dentro del juicio de sucesión de sus padres Pedro Antonio Roca y Carmen Insignares de Roca, cuyo expediente se protocolizó por la escritura número 1619 de 26 de diciembre de 1913 de la Notaría Primera de Barranquilla (hecho 2º).

c) Las demás transmisiones del dominio constan en certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla acompañado a la demanda (hecho 4º).

ch) En tales condiciones, el predio de que se trata fue objeto de sucesivas tradiciones de dominio

con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936, "por un lapso mayor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria" (hecho 9º).

d) Dicho predio fue explotado económicamente por sus dueños, que siempre estuvieron en posesión material de él, pacífica y tranquila, antes de haberlo ocupado la Nación (hechos 4º y 7º).

e) De acuerdo con el Decreto Ejecutivo número 2210 de 22 de diciembre de 1932, el Gobierno Nacional destinó para las obras del Terminal Fluvial del puerto local de Barranquilla los terrenos baldíos que se encuentren en una zona llamada "La Loma", comprendida por los siguientes linderos: "Por el norte, con el río Magdalena; por el sur, con el caño denominado Los Tramposos; por el este, con el río Magdalena; y por el oeste, con el caño denominado Las Compañías o La Tablaza" (hecho 5º).

f) Dentro de esta zona de "La Loma" se encuentra el lote de terreno de propiedad de la señora Roca de Cepeda, el cual se halla ubicado dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla (hecho 6º).

g) En cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto Ejecutivo 2210 de 1932, la Nación entró en posesión material del lote de terreno de la demandante, "pretextando su calidad de baldío o de propiedad nacional" (hecho 7º).

h) La Nación ha deteriorado o transformado en Caños o Canales permanentemente ocupados por las aguas, mediante trabajos de excavación hechos con dragas y otros elementos, en servicio de las obras del Terminal Fluvial del puerto local de Barranquilla, una parte del predio urbano de propiedad de la señora Roca de Cepeda (hecho 8º).

El actor acompañó a su libelo varios documentos, y alegó en derecho algunas disposiciones del Código Civil y la ley 200 de 1936.

De la expresada demanda se corrió traslado al señor Fiscal del Tribunal, quien la contestó oportunamente, en escrito de fecha 19 de agosto de 1946. Abierto después el juicio a pruebas, se practicaron las que fueron pedidas por la parte demandante. Y finalmente, recibidos los alegatos de las partes y citadas éstas para sentencia, se falló el negocio por el Tribunal con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, disponiéndose en la parte resolutiva:

"*Primero.*—Declárase que la señora Sara Isabel Roca de Cepeda es dueña o propietaria de la superficie del lote de terreno individualizado así:..... (aquí se indican los linderos de la demanda).

"*Segundo.*—Condénase a la Nación a restituir a la señora Sara Isabel Roca vda. de Cepeda, veinte (20) días después de ejecutoriada esta sentencia, el lote de terreno que ha quedado individualizado, o las porciones de dicho lote que no estén deterioradas o transformadas por la entidad demandada en Caños o Canales ocupados por las aguas o por las obras del Terminal Fluvial del Puerto Local de Barranquilla.

"*Tercero.*—Condénase asimismo a la entidad demandada a pagar a la demandante señora Sara Isabel Roca vda. de Cepeda el valor o precio de las porciones de terreno que no pueda restituírle con base en el avalúo hecho por los peritos que han actuado en este juicio.

"*Cuarto.*—En caso de que la entidad demandada no pudiera restituir a la demandante el lote o partes del referido lote, condénase en este evento a pagar en dinero todo el lote materia de este juicio y que ha quedado individualizado en el numeral primero de la parte resolutiva de este fallo, con base en el avalúo hecho por los peritos".

A esta decisión llegó el Tribunal después de hacer un estudio tanto de los títulos como del resultado de la inspección ocular practicada en el curso de la instancia.

Apelada la sentencia en cuestión por el señor Fiscal del Tribunal, procede ahora esta Sala de la Corte a dictar la que en derecho corresponda, con la advertencia de que en esta nueva etapa procesal se practicaron algunas pruebas y alegaron oportunamente los interesados.

La competencia

Como el señor Procurador Delegado en lo Civil sostiene que la justicia ordinaria no es competente para ordenar el pago, en relación con el terreno demandado, de aquellas partes o zonas que la administración haya incorporado a las obras del Terminal Fluvial de Barranquilla, alegando más o menos las mismas razones invocadas por él en otros juicios sobre predios de "La Loma", bástale a la Corte con reproducir aquí la doctrina sentada al fallar esos juicios, algunos de ellos de fecha reciente.

En sentencia de 23 de mayo de 1951 se expresó así esta Sala:

"Dice el artículo 76 del Código Judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte

la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...', entre las cuales indudablemente están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (artículo 33, ord. 2º; artículo 52, ord. 7º; y Capítulo XXII del Código de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta' conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante *sentencia judicial e indemnización previa.* Y el artículo 33 estatuye que en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al *orden judicial...*'; agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que debe conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"'La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir *a fortiori* cuando tales formalidades se han omitido'. (Curso Elemental de lo Contencioso Administrativo, pág. 163)".

En desarrollo de la tesis así expuesta agregó más tarde esta Sala, en fallo de 4 de agosto de 1951, después de transcribir los apartes precedentes:

"De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una *simple reparación de daños* producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una *ocupación* que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de *índole puramente transitoria o temporal;* pero que son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio. Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (artículo 955 del C. C.), antes que de una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

"Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente, resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y cómo también,

respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales, el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que 'se verifica la ocupación', como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea 'dentro de los dos años de ocurrido el daño', según lo prevenido antes por este mismo precepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, y de que conoce la justicia ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado". (GACETA JUDICIAL, Tomo LXX, números 2103-2104, págs. 289 a 300).

Sobre esta misma tesis, y en relación con algunos reparos de la Procuraduría, hubo de insistir la Corte con razones adicionales en fallo de 10 de junio del presente año, dictado en el juicio sobre predios de "La Loma" seguido por Julio Angulo B. contra la Nación.

Otras alegaciones del Procurador

Expresando su concepto sobre las cuestiones de fondo, considera el señor Procurador Delegado en lo Civil que la acción declarativa de dominio debe declararse improcedente en el presente caso, para lo cual razona así:

"No sobra observar que la declaratoria de pertenencia, impetrada como presupuesto común de las perseguidas condenas a la restitución de la finca y al pago indemnizatorio, es improcedente porque la acciones declarativas tan sólo caben cuando es preciso dar certeza a un derecho que no se ostenta con clara titularidad, principalmente ante terceros, y cuando la parte que es sujeto de él teme fundadamente que ese derecho pueda ser vulnerado o desconocido por la persona a quien demanda.... Pero en el presente caso, la razón de ser de la súplica de pertenencia no aparece por ningún lado, ya que quien reivindica y aspira a ser indemnizado por un hecho que ya consumó la administración, lo hace sobre la base de tener un derecho cierto e indiscutible de dominio en la finca relacionada, que estima amparado por los artículos 3º a 7º de la ley 200 de 1936 y por una posesión material más que treintenaria. El dominio en este litigio juega, en suma, el papel de un hecho jurídico; y estos hechos se prueban en el juicio pero no se declaran en la sentencia, salvo que se trate del hecho constitutivo de falsedad".

De otra parte, el señor Agente del Ministerio Público, después de extenderse sobre la distinción que hace la ley entre bienes de uso público y bienes fiscales, agrega:

"El Terminal Marítimo de Barranquilla es un servicio público y, como tal, un bien de uso público por destinación. Siéndolo, es inenajenable e imprescriptible mientras esté afecto a la destinación que se le dio. Por tanto, el terreno en que se construye no es susceptible de acciones civiles como la de reivindicación".

Sobre uno y otro planteamiento, se observa:

1º En cuanto al primer punto, es suficiente con advertir que el predio de la demanda, como se verá posteriormente, está comprendido dentro de los terrenos llamados de "La Loma", que fueron destinados por el Gobierno Nacional para las obras del puerto local de Barranquilla, a título de baldíos (Decreto número 2210 de 1932 y Resolución del Ministerio de Industrias número 223 del mismo año: f. 42 del cuad. número 2 y f. 6 v. del cuad. número 6); de donde resulta claro que si la Nación partió de la base de que tales terrenos le pertenecían, no puede negarse el interés del demandante para la declaración de dominio solicitada.

La incertidumbre en las acciones de mera declaración —expresa Chiovenda— "debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho *exterior objetivo* que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de terceros: el hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho, o haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor...".

Asimismo es pertinente, dadas las modalidades del presente negocio, la siguiente doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte:

"Cuando el lote de terreno que demanda el actor en acción reivindicatoria contra el poseedor, hace parte de otro mayor que pertenece en su totalidad al demandante, nada impide que éste solicite como primera petición de la demanda la declaración de ser dueño de todo el globo de tierra. Tal declaración de ser dueño de todo el globo entraña una acción petitoria, o más bien, un hecho fundamental necesario para reclamar la entrega de la porción poseída. La acción reivindicatoria no recae sino sobre este lote, sobre él versa exclusivamente la petición de entrega en razón de estar los demandados en posesión de él y pertenecer al demandante todo el globo...". (GACETA JUDICIAL, Tomo XXXV, pág. 298).

2º Respecto de la otra argumentación de la Procuraduría, estima la Corte que habiéndose contestado a ella en sentencia de 15 de julio pasado, en un negocio semejante sobre predios de "La Loma" en que también se hizo valer, no es necesario sino reproducir aquí lo que entonces se dijo, en los siguientes términos:

"Para resolver el punto ha de admitirse que el artículo 674 del Código Civil clasifica los bienes de la Nación en dos categorías: son *bienes de uso público aquellos* cuyo uso pertenece a todos los habitantes, como el de calles, plazas, puentes y caminos; y son *bienes fiscales,* aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes. División de importancia, pues los primeros son inalienables e imprescriptibles, esto es, quedan fuéra del derecho común, mientras que los segundos han de mirarse como de naturaleza igual a la de los bienes particulares.

"Al respecto piensa la Sala que la destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo ni título de adquirir el dominio de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de los particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible.

"Además, la circunstancia de que por razones de interés general no pueda ordenarse la restitución o entrega del bien al demandante, por haberse incorporado a una obra pública o de servicio público, no quiere decir que no se halle consagrada en la ley civil la acción correspondiente para obtener el pago de su valor, acción que también se halla dentro del título de la reivindicación y que la Sala ha declarado viable en casos similares".

La propiedad privada del inmueble

Expresan los peritos Antonio Moreno Vives y Víctor Camargo Martelo, en dictamen que aparece a folios 19 a 21 del cuaderno número 2, que identificaron los terrenos llamados de "La Loma", por los linderos indicados en el Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932; que esta zona general de "La Loma" se halla ubicada dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla; y que de ella hace parte el predio de la demanda, el cual también fue identificado por sus respectivos linderos. A lo cual se agrega, en corroboración de lo afirmado por los expertos: a) que en Resolución aprobada por el Concejo Municipal de Barranquilla en sesión del 22 de marzo de 1929 (f. 17 del cuad. número 6), se autorizó la urbanización de un sector de La Loma; b) que en Resolución número 3 de 9 de enero de 1941, también del Concejo de Barranquilla (f. 18 del cuad. número 6), aparece que el Municipio recibió calles y plazas de la urbanización de los terrenos llamados "Villanueva", situados en el sector de La Loma; y c) que en el plano de la ciudad de Barranquilla levantado por las Empresas Públicas Municipales en febrero de 1944 (f. 2 del cuad. número 4), aparecen los terrenos de "La Loma" dentro del perímetro urbano de dicha ciudad.

De otro lado, en lo tocante a la tradición del terreno reclamado, también se ha demostrado en estos autos lo siguiente:

1º Que el señor Pedro Antonio Roca adquirió por compra varias porciones determinadas de terreno en el sitio de "La Loma", por medio de las escrituras 214 de 26 de octubre de 1887 y 375 de 6 de noviembre de 1889, de la Notaría Primera de Barranquilla, una y otra debidamente registradas (fs. 37 a 41 del cuad. número 3).

2º Que en el juicio mortuorio de los esposos Pedro Antonio Roca y Carmen Insignares de Roca, protocolizado mediante la escritura número 1619 de 26 de diciembre de 1913 de la Notaría Primera de Barranquilla, se adjudicó a la señora Sara Isabel Roca de Cepeda la quinta parte "de una faja de terreno situada en la banda oriental del Caño de la Ciénaga, constante de treinta cabuyas, más o menos, cercada de alambre y cultivada en parte de paja de pará, con estos linderos: por el Norte, con terreno què es o fue de Juan Campo Serrano; por el Sur, con terreno de Manuel Mª Bulla; por el Este, con el río Magdalena; y por el Oeste, caño en medio, con patios de la Compañía Colombiana de Navegación Fluvial, con predio denominado 'La Esmeralda' del doctor José Fco. Insignares y con predio que ocupa la Bodega 'Iris', menos un lote de terreno de cien metros de frente y siete de fondo que fue adjudicado en el juicio a los señores Lindemeyer Wise y Cía. por la suma de doscientos pesos". Las demás quintas partes del terreno les fueron adjudicadas a las señoritas Paulina E. Roca y Zoila R. Roca y a los señores Julio C. Roca y Luciano Cepeda Roca. (fs. 7 a 20 del cuad. número 3).

3º Que los herederos Julio C. Roca y Luciano Cepeda Roca vendieron sus quintas partes en el lote antes descrito a la comunera señorita Paulina Ester Roca, por medio de las escrituras número 349 de 10 de marzo de 1915, de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, y número 503 de 28 de agosto de 1919, de la misma Notaría (fs. 21 a 24 del cuad. número 3).

4º Que por instrumento público número 172 de

22 de enero de 1923, de la Notaría Primera de Barranquilla, las copropietarias Sara Isabel Roca de Cepeda, Paulina Esther Roca y Zoila Rosa Roca hicieron extrajudicialmente la división material del terreno objeto de la adjudicación en comunidad en el juicio mortuorio de sus padres, señores Pedro Antonio Roca y Carmen Insignares de Roca; dando esa división como resultado que a Sara Isabel Roca de Cepeda y a Paulia Esther Roca se les adjudicó, por iguales partes, "un lote de terreno con una cabida de veinte hectáreas, quinientos ochenta y siete metros cuarenta y cuatro decímetros cuadrados, que está situado al noroeste del terreno que se divide, lote que se halla cercado y alambrado en todo su contorno y sus linderos son los siguientes: por el norte, el río Magdalena, y mide por este lado doscientos cuarenta y ocho metros cuarenta centímetros; por el este, en una distancia de cuatrocientos setenta y cinco metros, linda con el resto del predio primitivo, el cual pasa a ser de las comuneras Zoila Rosa Roca y Paulina Esther Roca; por el sur, con terreno que pasa a ser de las mismas comuneras Paulina Esther y Zoila Rosa Roca; y por el oeste, tomando como base donde termina el lindero sur, linda en parte con el Caño de La Tablaza o del Centro en medio, y hace frente al predio La Esmeralda, del doctor José Francisco Insignares S., y en parte con predios de la Compañía Antioqueña de Transportes y de los herederos de Juan Campo Serrano" (fs. 25 a 28 del cuad. número 3).

5º Que por escritura pública número 774 de 27 de abril de 1926, de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, la señorita Paulina Esther Roca vendió al señor Luciano C. Cepeda Roca la cuota que le correspondió en el lote de terreno determinado en el aparte precedente (fs. 29 a 30 del cuad. número 3); de suerte que dicho lote vino a quedar en comunidad entre la señora Sara Isabel Roca de Cepeda y el señor Luciano C. Cepeda Roca, por partes iguales.

6º Que estos copropietarios partieron el lote últimamente mencionado mediante mutuo acuerdo, consignado en la escritura número 776 de 27 de abril de 1926, también de la Notaría Primera de Barranquilla; a consecuencia de lo cual corrrespondió a la señora Sara Isabel Roca de Cepeda "un lote o parte que representa la mitad del lote proindiviso en su parte oriental, o sea una cabida de diez hectáreas con trescientos metros cuadrados cuyos linderos quedan así: por el norte, el río Magdalena; por el este, con predio de las comuneras Paulina Esther Roca y Zoila Rosa Roca de Insignares; por el sur, con predio de los colindantes antes nombrados y Caño de La Tablaza; y por el oeste, con lote o parte que le corresponderá al señor Luciano Cepeda Roca" (fs. 31 a 32 del cuad. número 3).

7º Que según consta en escritura de protocolización número 522 de 26 de marzo de 1927, de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, con intervención de los señores Luciano Cepeda Roca, Sara Isabel Roca de Cepeda, Paulina Esther Roca y Zoila Rosa Roca de Insignares se rehizo la partición del globo de tierra adjudicado en comunidad dentro del juicio de sucesión de sus padres, partición que se llevó a cabo ante el Juez 1º del Circuito de Barranquilla, y que fue aprobada por éste por sentencia de fecha 23 de marzo de 1927. En este juicio se adjudicó a la señora Sara Isabel Roca de Cepeda el lote de terreno que es objeto de la presente controversia, por los mismos linderos de la demanda, así:

"Un lote de terreno que hacía parte del lote mayor que se divide, con una cabida de diez hectáreas trescientos metros cuadrados, situado al noroeste del terreno mayor, en jurisdicción de este Distrito (Barranquilla), en el lugar nombrado La Loma, en la banda oriental del caño de la Ciénaga o de La Tablaza o del Centro, y sale a la banda occidental del Río Magdalena, que mide y linda por cada uno de sus lados así: por el Norte, ciento veinticuatro metros veinte centímetros, con el Río Magdalena; por el Oriente, cuatrocientos setenta y cinco metros, linda con el lote que se adjudica en común a Paulina Ester Roca y Zoila Rosa Roca de Insignares; por el Sur, doscientos cincuenta y ocho metros, linda con el mismo lote adjudicado a las anteriores; y por el Occidente, setecientos seis metros, en una línea poligonal con ángulos entrantes y salientes, linda por este lado, caño La Tablaza o del Centro en medio, con predio nombrado La Esmeralda, de propiedad del doctor José F. Insignares S. y con lote que se adjudica a Luciano Cepeda Roca" (fs. 33 a 36 del cuad. número 3).

8º Que en certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla (fs. 1 a 6 del cuad. número 3), se relacionan los distintos actos de que dan cuenta las escrituras anteriormente mencionadas, todas las cuales aparecen debidamente registradas; agregándose además en dicho certificado que "el registro de la hijuela a favor de Sara Isabel Roca de Cepeda, citado en el punto anterior (el 7º del certificado, referente a la partición judicial de 1927) no aparece cancelado por ninguno de los medios que señala el artículo 789 del Código Civil".

Como se ha visto, con las pruebas anteriores se

establece que el terreno de la demanda, a más de estar situado dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla, ha sido objeto de tradiciones de dominio por más de veinte años con anterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936 (7 de abril de 1937), tradiciones que constan en títulos inscritos; es decir, que en el caso de autos ha de reconocerse la propiedad privada de dicho terreno, puesto que se han dado o satisfecho las condiciones previstas por el artículo 7º de la expresada ley 200, sobre cuyo alcance ha dicho esta Sala en sentencia de 30 de junio de 1948:

"...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".

Pero siendo el terreno que aquí se reclama de propiedad privada, interesa esclarecer si su dueña es efectivamente la demandante, señora Sara Isabel Roca de Cepeda, ya que en vista de alguna advertencia que aparece en el certificado del Registrador de Barranquilla, la Sala hubo de dictar un auto para mejor proveer, a fin de que se allegaran al juicio determinados documentos, como en efecto se hizo, resultando de esos documentos lo siguiente:

a) Que por escritura número 2652 de 30 de diciembre de 1919, de la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla, el señor Abel A. Cepeda se confesó deudor de la sociedad comercial "Antonio Volpe & Cía." por la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00), para garantizar cuya obligación hipotecó a favor de dicha sociedad, con permiso judicial, la quinta parte que a su esposa, señora Roca de Cepeda, había correspondido en el terreno adjudicado en la sucesión de Pedro Antonio Roca y Carmen Insignares de Roca (fs. 84 v. a 86 del cuad. número 5);

b) Que en el año de 1937, en juicio especial sobre venta de bienes hipotecados, seguido por la sociedad "Antonio Volpe & Cía." contra *la herencia yacente del finado Abel A. Cepeda*, ante el Juez Primero del Circuito en lo Civil de Barranquilla, aquella sociedad remató por cuenta de su crédito la cuota o quinta parte que se le había hipotecado en el aludido terreno, remate que fue aprobado por el Juez por providencia de 14 de septiembre del año citado (fs. 90 a 92 del cuad. número 5); y

c) Que según acta de 31 de julio de 1942, el Juez Primero del Circuito de Barranquilla, en razón del remate antes mencionado, hizo entrega a "Antonio Volpe & Cía." de un terreno determinado así: "Por el norte, Canal nuevo de por medio, con predio que es o fue de los herederos de Luciano Cepeda y Roca; por el sur, con predio que es o fue de Paulina Roca; por el este, el río Magdalena; y por el oeste, con predio que es o fue de Paulina Roca; con las siguientes medidas: por el sur, seiscientos seis metros; por el este, cincuenta y dos metros; por el oeste, ciento cuarenta metros; y por el norte, seiscientos treinta y dos metros más o menos". Se agregó que "el terreno amojonado tiene una cabida de setenta y un mil trescientos once metros cuadrados, inferior a la cantidad de terreno a que se refiere la diligencia de remate y que es motivo de esta entrega al señor Volpe, por haber tomado el Gobierno parte de estas tierras para la construcción o apertura de los nuevos caños" (fs. 97 a 99 del cuad. número 5).

Mas a pesar de los actos mencionados, estima la Corte que el terreno de la demanda continúa en cabeza de la señora Sara Isabel Roca de Cepeda, como su actual propietaria, por las siguientes razones: porque cuando se hizo el remate de la cuota hipotecada, ya hacía bastante que se había dividido el terreno entre los condueños, con lo cual la hipoteca había quedado limitada al lote que le correspondió a la señora Roca de Cepeda (artículo 2442 del C. C.); porque la entrega que se hizo en 1942 por el Juez del Circuito de Barranquilla, fue de un lote distinto al que se le adjudicó a la expresada señora en el juicio divisorio de 1927; y sobre todo, porque el juicio de venta no se siguió contra la señora Roca de Cepeda, que era la dueña exclusiva del bien hipotecado, sino contra *la herencia yacente de su finado esposo Abel A. Cepeda.*

De consiguiente, en cuanto a la propiedad actual del lote de terreno que se reclama, no existe ningún inconveniente para la prosperidad de las acciones intentadas.

La ocupación por el Gobierno

Que el terreno de la demanda lo viene ocupando la Nación como si fuera de su propiedad, es otro

hecho que está plenamente acreditado dentro del proceso, como resulta de las siguientes pruebas:

1º De conformidad con el Decreto Ejecutivo número 2210 de 22 de diciembre de 1932, el Gobierno Nacional destinó para las obras del puerto local de Barranquilla los terrenos baldíos que se encontraran en un globo de terreno determinado así: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado de Los Tramposos; por el este, el mismo río Magdalena; y por el oeste, el caño denominado de Las Compañías" (f. 42 del cuad. número 2);

2º Después del Decreto citado, el Ministerio de Industrias dictó la Resolución número 223 de 23 de diciembre de 1932, estableciendo que tenían el carácter de bienes fiscales, "aplicables a la construcción de las obras nacionales del puerto local de Barranquilla", los terrenos baldíos anteriormente determinados, los cuales quedaban "excluídos de la superficie territorial baldía de la República" (fs. 6 y 7 del cuad. número 6);

3º Además, los peritos Antonio Moreno Vives y Víctor Camargo Martelo, después de reconocer la zona general de La Loma,por los linderos indicados en el Decreto 2210 de 1932, expresan categóricamente lo siguiente, en relación con el predio de la litis:

"Al identificar el terreno que es objeto de la demanda, dentro de la zona general llamada 'La Loma', pudimos constatar los siguientes hechos: a) Que de este terreno la Nación tomó y transformó un área igual a cinco mil cuatrocientos cincuenta y seis metros cuadrados (5.456 m2.), la cual se indica en el plano elaborado por nosotros entre las letras A, B, C, D, en la ampliación allí del nuevo Canal del puerto local, llamado también del 'Centro', por medio de trabajos ejecutados con dragas y otros elementos modernos, la cual se encuentra totalmente cubierta por las aguas; b) Que el resto de este terreno, el reclamado por la demandante, lo ocupa con animales de la remonta y otros elementos el Ministerio de la Guerra, y que por tanto de él está en posesión materialmente la Nación" (fs. 19 a 21 del cuad. número 2).

Formas de restitución

En consideración a lo expuesto, no hay duda que la Nación está actualmente en posesión del terreno de la demanda, que según se ha visto es de propiedad privada; pero como lo afirman los peritos, de ese terreno apenas ha incorporado el Gobierno a las obras del puerto local de Barranquilla, mediante trabajos de dragado, una extensión de cinco mil cuatrocientos cincuenta y seis metros cuadrados, determinada en el plano del lote con letras A, B, C, D. El resto del lote lo viene poseyendo la Nación como cualquier particular, pues en esa parte únicamente está ocupado con animales de la remonta y otros elementos del Ministerio de Guerra.

En tales circunstancias, la Corte habrá de ordenar la devolución a la demandante del terreno reclamado, con la sola excepción de la zona incorporada por el Gobierno al canal del "Centro", pues a la restitución de esta parte se oponen poderosas razones de interés público, fuéra de que existe hasta cierta imposibilidad física para realizarla. En cambio, respecto de la zona dragada y convertida en canal, se ordenará el pago de su valor, que los peritos estiman en la cantidad de seis mil quinientos cuarenta y siete pesos con veinte centavos ($ 6.547.20), o sea a razón de un peso con veinte centavos ($ 1.20) metro cuadrado.

En este estado, se imponen dos advertencias:

1ª Que la restitución del terreno ha de hacerse por las medidas y linderos indicados en la demanda, sin tener en cuenta el aumento que por aluviones ha tenido el lote en el sector que da al río Magdalena, al cual se refieren los peritos en el siguiente aparte de su dictamen: "Que el lindero oriental, línea recta señalada en el plano entre las letras H-I, que según las voces del título de propiedad presentado por la demandante sólo debe tener cuatrocientos setenta y cinco metros (475), se encontró que tiene quinientos treinta y seis metros (536), debido indudablemente a aluviones colocados allí por el lento e imperceptible retiro de las aguas del río Magdalena". Conclusión ésta a la que se llega no sólo en razón de lo pedido en la demanda, sino también porque tratándose de la zona del puerto habilitado de Barranquilla (Decreto número 671 de 1937), el terreno de aluvión en este caso pertenece a la Nación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 720 del Código Civil, en la parte final de su inciso 1º.

2ª Que subsistiendo la hipoteca del terreno reclamado, para los efectos del pago que ha de hacerse por la Nación, el Gobierno Nacional procederá como lo dispone el numeral 1º del artículo 859 del Código Judicial, disposición aplicable en este caso por analogía; pero siendo entendido que si al Gobierno se le comprueba la cancelación de dicha hipoteca, el pago de que trata deberá hacerse directamente a la parte demandante.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, resuelve:

Primero. — Declárase que la señora Sara Isabel Roca de Cepeda es dueña del inmueble a que se refiere la petición primera de su demanda, el cual se halla ubicado en el sitio de La Loma, del área urbana de la ciudad de Barranquilla, y cuyos linderos y medidas han quedado transcritos en esta providencia.

Segundo.—Condénase a la Nación a restituir a la señora Sara Isabel Roca de Cepeda el inmueble o terreno antes mencionado, con excepción de la zona de cinco mil cuatrocientos cincuenta y seis metros cuadrados (5.456 m2.) que el Gobierno Nacional ha incorporado a canales o caños, a que se refiere el dictamen de los peritos Moreno Vives y Camargo Martelo.

Tercero.—Mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública sobre transferencia de la zona convertida en canales, la Nación pagará a la señora Roca de Cepeda la suma de *seis mil quinientos cuarenta y siete pesos con veinte centavos* ($ 6.547.20), como valor de dicha zona, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia (advertencia 2ª).

En los términos anteriores queda reformada la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, y resuelta en sus peticiones la demanda inicial de este juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase oportunamente el expediente.

Rafael Leiva Charry — Agustín Gómez Prada— Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique — Luis Hernando Vargas, Secretario.

I N D I C E

PAGS.

SALA DE CASACION CIVIL

Cuando es aplicable la presunción de culpabilidad del artículo 2356 del Código Civil, lo mismo que cuando son admisibles ciertas presunciones de hecho, no hay exoneración de la carga de la prueba de la culpa del demandado, sino únicamente un medio de facilitarla, aunque la facilidad en el empleo de las presunciones equivalga prácticamente a la exoneración.—La divergencia de conceptos o criterios entre el sentenciador y el recurrente en casación, en la apreciación de una prueba, no constituye el error de hecho de que trata la causal primera.—En el juicio ordinario que Regina Graciane y otros siguieron contra The Santa Marta Railway Company Limited, sobre indenmización de perjuicios, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta.—Magistrado ponente, doctor Pablo Emilio Manotas 1

El artículo 19 de la Ley 92 de 1938 no se refiere al caso de la falta absoluta del documento porque éste no haya sido extendido.—Legitimación ipso jure y legitimación por acto bilateral.—Requisitos de la legitimación cuando se hace constar en acta de matrimonio católico.—No infirma la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario sobre petición de herencia, que Pedro Pablo Loaiza siguió contra los herederos testamentarios de Constancio Loaiza. — Esta sentencia fué redactada por el Magistrado doctor Luis Enrique Cuervo, por encargo que le hizo la mayoría de la Sala, luégo de no haber aceptado la ponencia que el mismo Magistrado había presentado 15

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis Enrique Cuervo 21

PAGS.

Acción de indemnización de perjuicios.—Requisitos para que un testigo esté impedido para declarar en determinado juicio, por enemistad.—En el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Leticia Zorro Hernández contra José Manuel Conde, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez.. 24

Acción de indemnización de perjuicios.—Casación por errónea apreciación de pruebas.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario que Arturo Escudero siguió contra Serafín González, sentencia que revocó la de primera instancia del Juez del Circuito de Armenia, y absolvió al demandado.—Magistrado ponente: doctor Luis Enrique Cuervo A. 33

Requisitos del recurso de revisión. — Se declara infundado el recurso de revisión propuesto contra la sentencia de la Corte que decidió el de casación contra la del Tribunal Superior de Ibagué proferida en el juicio de Julia Lara v. de Calvo y otros, contra José Joaquín Calvo, y de éste contra aquéllos, en demanda de reconvención.—Magistrado ponente, doctor Gerardo Arias Mejía 38

Cuándo es procedente la causal séptima de casación.—Si la sentencia recurrida se apoya en más de una consideración y cualquiera de ellas es suficiente para sostenerla, resulta inoficioso estudiar en casación los cargos que se propongan sólo contra una o varias de esas consideraciones.—En el juicio ordinario que Marco A. Hernández siguió contra Alfonso Medina Rosales, sobre cumplimiento de un contrato de promesa de venta, no se casa la sentencia por la cual el Tribu-

PAGS.

nal Superior de Bogotá confirmó la de primera instancia, proferida por el Juez 2º Civil del Circuito de la misma ciudad, que negó las peticiones de la demanda principal y las de la demanda de reconvención.—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 43

Si por la naturaleza de las cosas, la sentencia de instancia no puede ser juzgada en casación sino a través de la consonancia de la partición con las normas legales que la gobiernan, lógicamente los cargos con que se le acuse han de apoyarse sobre ese mismo fundamento.—Se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Ibagué confirmó la del Juzgado Civil del Circuito de Purificación que declaró infundadas las objeciones propuestas por la señora María Francisca Rivas de Mallarino contra el trabajo de partición en el juicio de sucesión de Inés Leyva de Rivas.—Magistrado ponente, doctor Rodríguez Peña 47

Acción reivindicatoria.—Requisitos de la prescripción como modo de adquirir.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario seguido por José María Narváez contra Abel Lorza. — Magistrado ponente, doctor Rodríguez Peña 62

Requisitos de la demanda cuando se intenta reivindicar varias porciones de un globo de tierra poseídas por separado por dos o más demandados que no son comuneros entre sí.—Se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la del Juez del Circuito de Cáqueza que absolvió a los demandados en el juicio ordinario seguido por Eliseo Moreno contra Aquilino Flórez e Ignacio Forero. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 68

Requisitos para que pueda tener lugar la restitución de términos por enfermedad del apoderado de una de las partes.—En el juicio ordinario seguido por Alfredo García y otros contra la sucesión de Ulpiano Zuleta, no se accede a decretar la restitución del término para presentar la demanda de casación, restitución solicitada por el apoderado de la parte demandada, doctor Diego Luis Córdoba. — Auto del Magistrado sustanciador, doctor Luis Enrique Cuervo 72

El error como causal de casación.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Jorge Montoya contra Bernardo Uribe, y por éste contra aquél, en demanda de reconvención.—Magistrado ponente, Dr. Alberto Holguín Lloreda 74

Se declara desierto un recurso de casación, porque quien formuló la demanda no estaba inscrito como abogado en la Corte.—Por el motivo expuesto, la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto por el demandado Carrillo contra la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio seguido por Antonio María Barragán contra Argemiro Carrillo y otro.—Magistrado ponente, doctor Alberto Holguín Lloreda 77

Las acciones alternativas no pueden ejercerse simultáneamente, pero no hay inconveniente para que se ejerzan de manera sucesiva. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario que Alejandro Duque siguió contra Zoilo Vargas, sobre resolución de un contrato de promesa de venta. — Magistrado ponente, Dr. Rodríguez Peña 79

Objeciones a la partición de un bien común. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué proferida en el juicio que Teresa Hincapié viuda de García siguió contra Juan Pablo Díaz, sobre división de un bien común; sentencia que aprobó el cuarto trabajo de partición presentado dentro de ese juicio.—Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas 86

Cuando una persona pretenda demostrar su derecho de inventor ante cualquiera autoridad, debe acompañar copia de la patente, con la nota de haberse hecho el registro, tan-

PAGS.

to en el libro del Ministerio del ramo, como en el libro de la Oficina de Registro de Bogotá.—No casa la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales absolvió a la parte demandada, en el juicio ordinario que la sociedad "Mesas Garcese para escoger, S. A." siguió contra la sociedad "American Coffee Corporation", sobre indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 89

SALA DE CASACION PENAL

De qué depende la credibilidad de un testigo. Libre apreciación de las pruebas por parte del juez.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga que condenó a Manuel Salvador Giraldo y a José Agustín Roa como responsables del delito de ganado mayor y menor, y en su lugar, la Corte los absuelve del mismo cargo. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 95

Delito de hurto.—Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que fué cometido el delito, no constituyen elementos esenciales del hurto.—Tampoco es indispensable para que se configure este ilícito, que estén comprobados los perjuicios que pueda sufrir el dueño de la cosa.—Crítica del testimonio en materia penal.—Las condenaciones anteriores como circunstancia de mayor peligrosidad.—Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el proceso contra Ricardo Monroy, Francisco Antonio Portilla y otros, por el delito de hurto.—Magistrado ponente, doctor Luis Gutiérrez Jiménez 101

Delito de homicidio. — Circunstancias modificadoras y circunstancias de peligrosidad. No se casa la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Medellín condenó a Francisco Antonio y Juan de Dios López, como responsables del delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 110

Cuándo el abandono del cargo configura el delito de abuso de autoridad.—Confirma la Corte el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de San Gil profirió en favor del doctor Roberto Guarín Rueda, por cargos de abuso de autoridad como Juez 1º Penal del Circuito de Vélez. — Magistrado ponente, Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 118

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción ordinaria de que unos yacimientos petrolíferos son de propiedad privada.—En los juicios ordinarios que Ramón S. Pinzón y la sociedad "Afanador Salgar Hermanos Limitada" siguieron sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos situados en el subsuelo de las fincas "Perico" y "Gramalotal" y "Santa Bárbara", respectivamente, ubicadas en jurisdicción del municipio de Beltrán (Cundinamarca), se accede a lo solicitado en las demandas con que se iniciaron esos juicios, que luégo fueron acumulados—Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles 117

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos. — Necesidad de que estén claramente identificados los predios a los cuales se refieren los títulos aducidos como prueba de la propiedad privada.— Niega la Corte las peticiones formuladas en la demanda con que se inició el juicio ordinario de única instancia seguido por la American Colombian Corporation contra la Nación, sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos ubicados en el subsuelo de las Tierras de Loba, en jurisdicción de los Municipios de Mompós, Margarita, San Fernando, San Martín de Loba, Pinillos, Bodega Central y Barranco de Loba, todos del Departamento de Bolívar; y como consecuencia de esa negativa, absuelve a la Nación. — Magistrado ponente, doctor Rafael Ruiz Manrique 123

Incompetencia de la Corte y de los Tribunales Superiores para conocer de requerimientos dirigidos contra la Nación y contra un Departamento.—Se revoca el auto por el cual el Tribunal Superior de Bogotá, a solicitud de la Compañía Urbanizadora de Palanquero, S. A., requirió a la Nación y al Departa-

PAGS.

mento de Cundinamarca, para que dieran cumplimiento a lo pedido en la solicitud de requerimiento. — Magistrado ponente, doctor Rafael Leiva Charry 130

Es nula la providencia en la cual no han intervenido todos los magistrados del tribunal que conforme a la ley debían tomar parte en su pronunciamiento, y es igualmente nula la actuación posterior.—La Corte declara nulo lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive, en el juicio seguido contra la Nación sobre cierre de unas ventanas del Hotel Tayrona de Santa Marta, que dan vista y luz sobre habitaciones y patios de un inmueble de José María Leyva. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 133

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de las controversias originadas en la ocupación de propiedades particulares con ocasión de la realización de trabajos públicos y cuando esas ocupaciones tengan el carácter de definitivas.—Se reforma la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario seguido por José Antonio Bula Ojeda y otros contra la Nación, sobre pertenencia de unos terrenos ubicados en la misma ciudad, sobre restitución de parte de los mismos terrenos, pago del valor de aquellas partes que no podrían ser restituídas por estar afectadas a un servicio público y de la indemnización de perjuicios—Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles 134

Oposiciones a una propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional.—Requisitos para que prosperen estas oposiciones.—En el juicio que se originó con las oposiciones que Dimas Sampayo y Félix Zurek y otros, respectivamente, hicieron a la propuesta sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional n. 438, formulada por la Compañía de Petróleos de Cundinamarca, S. A., se declara que no es de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de las oposiciones de que se ha venido hablando y por los linderos señalados en los escritos de oposición.—Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 142

Competencia de la Corte para conocer de los juicios seguidos contra la Nación por ocupaciones de propiedades particulares para la realización de obras públicas.—La destinación de un bien a un uso público, no transfiere el dominio en favor del Estado.—Acciones de simple declaración.—Se reforma la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario que Sara Isabel Roca de Cepeda siguió contra la Nación, sobre pertenencia de unos terrenos y sobre otros objetos.—Magistrado ponente, Dr. Luis Rafael Robles 147

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: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXIII - BOGOTA, COLOMBIA. SEPTIEMBRE Y OCTUBRE DE 1952 - NUMEROS 2119 y 2120

S A L A P L E N A

QUEJA CONTRA LOS MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL SUPERIOR POR HABER PROVISTO UN CARGO CON PERSONA QUE SE AFIRMA NO REUNE LOS REQUISITOS LEGALES PARA SU DESEMPEÑO

En el Decreto número 3665 de 1950 no se contempló para nada la falta u omisión en que pudieran incurrir los funcionarios judiciales al nombrar para los cargos que tienen obligación de proveer, a personas que no reunieran los requisitos, ya de la Constitución, ya de la ley, o simplemente exigidos por la dignidad de la magistratura.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá dos de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis E. Cuervo)

Con oficio Nº 5391 de 29 de julio último, llegaron a la Corte, enviados por el Departamento de Vigilancia del Ministerio de Justicia, unos documentos relativos a la queja que se hace contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó, por el nombramiento del doctor Julio Alvarez Cuesta, para el cargo de Juez de Menores de aquella ciudad.

Los documentos consisten en un informe suscrito por el señor Hernán Barrera R., empleado del Ministerio de Fomento, quien como visitador de Cámaras de Comercio, participa a su jefe inmediato todo lo tocante con la citada queja y en la nota con que la remite el Director de Producción Nacional y Comercio del Ministerio de Fomento, al Departamento de Vigilancia del Ministerio de Justicia, mediante oficio Nº 02997 del 18 del expresado mes de julio.

Como los documentos recibidos no parecieran suficientes para formar conocimiento de causa, se dictó auto de sustanciación el 14 de agosto, a fin de comisionar al doctor Marcial Barrios Ferrer, Fiscal del mismo Tribunal de Quibdó, para que practicara una información adicional que permitiera poner en claro los hechos que se trataba de averiguar.

El comisionado contestó en cortés oficio del 11 de septiembre próximo pasado y allí se encuentran aclarados los hechos en forma tal que permiten a la Corte tomar una decisión, y para ello considera:

En síntesis se acusa al Tribunal de Quibdó por el nombramiento para el cargo de Juez de Menones recaído en el doctor Julio Alvarez Cuesta, respecto de quien se hacen imputaciones personales fundadas en algunos de los hechos previstos por el artículo 2º del Decreto 3665 de 1950, y especialmente, los de ser un poco descuidado en el cumplimiento de obligaciones personales, y el de existir un negocio penal en contra del doctor Alvarez Cuesta por prevaricato.

Desde luego es cosa clara que tratándose de hechos o cargos imputables a un Juez de Menores, la

Corte no tiene competencia para conocer de la respectiva queja, pues ello corresponde al respectivo superior que, en la hipótesis presente, sería el Tribunal de Quibdó. Sin embargo basta la lectura del informe enviado por el doctor Marcial Barrios Ferrer, anteriormente citado, para comprender que los cargos hechos al doctor Alvarez Cuesta no tienen ningún fundamento serio ni alcanzarían a justificar una investigación como la prevista en el artículo 4º del Decreto 3665 de 1950.

Lo anterior lo observa la Sala como fundamento de carácter moral para rechazar una investigación semejante contra los señores Magistrados del Tribunal de Quibdó, en la suposición de que éso hubiera sido contemplado en el estatuto de las sanciones disciplinarias.

Pero es lo cierto, y así se afirma, que en el Decreto Nº 3665 de 1950 no se contempló para nada la falta u omisión en que pudieran incurrir los funcionarios judiciales al nombrar para los cargos que tienen obligación de proveer, a personas que no reunieran los requisitos, ya de la Constitución, ya de la Ley o simplemente exigidos por la dignidad de la magistratura.

Habría bastado para el despacho de la resolución final considerar lo que inmediatamente precede, pero ha parecido oportuno no pasar en silencio lo demás que arriba queda expuesto.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, resuelve que no hay mérito para abrir investigación contra el Tribunal Superior de Quibdó, entendida esta expresión respecto de los magistrados que lo componen, y por concepto de las causales de sanción disciplinaria, previstas por el artículo 2º del Decreto Extraordinario Nº 3665 de 1950.

Comuníquese al Departamento de Vigilancia Jurisdiccional del Ministerio de Justicia y archívese el expediente.

Cúmplase.

Güalberto Rodríguez Peña—Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Francisco Bruno. Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda — Luis Enrique Cuervo—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Gutiérrez—Jiménez. Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez — Hernando Lizarralde, Secretario.

ABANDONO DEL CARGO — QUEJA CONTRA UN MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL SUPERIOR

Para la existencia jurídica del delito de abuso de autoridad consistente en el abandono del empleo, precisa el artículo 178 del C. P., que es el pertinente, como elementos constitutivos, que el abandono se produzca sin causa justificativa y antes de que se posesione el individuo que debe reemplazar al empleado.

Es manifiesto que si éste goza de licencia, el abandono no se produce, porque existe justa causa y, además, la ley implícitamente no admite el abandono del cargo como punible, sino cuando no tiene el funcionario quien lo reemplace. Existiendo éste, no hay acefalía del empleo, que es lo que al sancionarlo el Código, se tiene como delictuoso, porque una buena administración pública, que es el bien jurídicamente tutelado, exige que los funcionarios encargados de un servicio no incumplan sus deberes dejando sus cargos acéfalos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, octubre trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

En Oficio Nº 491 del 25 de septiembre próximo pasado, el señor Ministro de Justicia, solicita de la Corte declare vacante el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó que ha ejercido el doctor Guillermo Botero Restrepo, con fundamento en los siguientes hechos:

a) Que el presidente del Directorio Departamental Conservador del Chocó, se dirigió al Ministerio en solicitud de intervención a fin de que se declarara la vacante, por no haber reasumido sus funciones al vencimiento de una licencia que le fué concedida.

b) Que con el objeto de establecer la veracidad del hecho, se pidió informe al Presidente del Tribunal quien manifestó telegráficamente: "Quibdó Ch. Sept. veinticuatro Luis Botero (sic) García Luque Director Departamento Vig. Judicial Minjusticia Bogotá. Nº 211—Refme. su 6935— Ayer doctor Botero Restrepo pidió permiso cinco días manifestando delicada salud — trasladóse Medellín donde Previsión social incapacitólo por enfermedad — mediante respectiva petición Gobernador concedióle licencia hasta dieciseis corrientes a partir dicha fecha doctor Botero no hase reintegrado ni enviado Tribunal excusa alguna...".

c) Que la declaratoria de vacancia obedece a que queda establecido que el doctor Botero Restrepo no ha reasumido sus funciones de Magistrado a partir del 17 de septiembre último, ni ha renovado la licencia de que disfrutaba, ni ha presentado excusa legal para estar separado de su cargo y por tanto debe darse aplicación al art. 292 del Código de Régimen Político y Municipal en cuanto a la declaratoria de vacancia del cargo de que es titular sin perjuicio de la responsabilidad imputable por el abandono del destino, y se proceda a designar su reemplazo.

La Corte, con fecha 26 de septiembre dispuso solicitar del Gobernador del Chocó informe acerca de lo acaecido y de la respuesta se tiene: que ese despacho concedió al Magistrado doctor Guillermo Botero Restrepo treinta días de licencia por enfermedad, que fué prorrogada esa licencia en veinte días más que vencieron el 16 de septiembre último sin que el doctor Botero Restrepo se presentara a asumir el cargo. Pero que el 22 del mismo mes de septiembre recibió memorial firmado en Medellín el 17 y autenticado el 19 de ese mismo mes, en que el doctor Botero solicita licencia por sesenta días con base en el artículo 291 del Código de Régimen Político y Municipal, solicitud que se ha abstenido de resolver esperando que el Ministerio de Justicia le absuelva una consulta que le hizo desde la fecha del recibo del memorial.

Consta por telegrama dirigido a la Presidencia de la Corte que el doctor Botero Restrepo renunció el cargo de Magistrado del Chocó, renuncia que le fué aceptada.

No es el caso, pues, de medida disciplinaria alguna una vez producida esa circunstancia.

En cuanto a lo demás, la Corte no considera necesario ordenar una investigación de carácter cri-

minal por el abuso de autoridad consistente en el abandono del empleo de conformidad con el precepto que sanciona ese hecho en el Código Penal, porque para la existencia jurídica de aquel ilícito precisa el artículo 178, que es el pertinente, como elementos constitutivos, que el abandono se produzca sin causa justificativa y antes de que se posesione el individuo que debe reemplazar al empleado.

Es manifiesto que si éste goza de licencia el abandono no se produce porque existe justa causa, y, además, la ley implícitamente no admite el abandono del cargo como punible sino cuando no tiene el funcionario quien lo reemplace. Existiendo éste, no hay acefalía del empleo, que es lo que al sancionarlo el Código se tiene como delictuoso, porque una buena administración pública, que es el bien jurídicamente tutelado, exige que los funcionarios encargados de un servicio no incumplan sus deberes dejando sus cargos acéfalos.

Dos son los presupuestos del delito:

Un hecho material consistente en la renuencia a desempeñar el cargo, la dejación o el desprecio del mismo; y un hecho moral, la existencia dolosa de causar un daño público o privado, con detrimento de la justicia y de terceros.

En consecuencia, cuando el empleo está desempeñado por un funcionario interino mientras el principal goza de licencia por enfermedad u otra causa justificativa, no hay abandono del empleo en el sentido que la ley determina para la existencia del delito.

En tales condiciones es un papeleo inútil iniciar una investigación que por las características que presenta no puede desembocar sino en la liberación de todo cargo al presunto responsable, dejando en claro que lo que resuelve la Corte es que no existe materia investigable.

En consecuencia se resuelve:

1º—No hay lugar a sanciones disciplinarias.

2º—Tampoco es el caso de iniciar investigación criminal por las razones antes dichas.

Archívense estas diligencias.

Cúmplase.

Güalberto Rodríguez Peña—Gerardo Arias Mejía, con salvamento de voto—**Francisco Bruno—Alfonso Bonilla Gutiérrez — Alejandro Camacho Latorre — Pedro Castillo Pineda—Luis Enrique Cuervo—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada. Luis Gutiérrez Jiménez,** con algunas aclaraciones. **Alberto Holguín Lloreda—Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez—Hernando Lizarralde,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS GUTIERREZ JIMENEZ

He firmado la anterior providencia, haciendo salvedades que se refieren a la parte motiva. Estoy conforme con que en el caso presente, no hay lugar a sanciones disciplinarias, pero me aparto de mis colegas en cuanto a que en esa providencia se hacen consideraciones y afirmaciones relativas a la inexistencia del hecho de abandono del cargo como constitutivo de delito, porque esas consideraciones no puede hacerlas la Corte en Pleno, sino la Sala de Casación Penal.

Luis Gutiérrez Jiménez

Adhiero,

Gerardo Arias Mejía.

SALA DE CASACION CIVIL

LOS DOCUMENTOS ALTERADOS EN PARTE NO ESENCIAL, SINO SECUNDARIA, NO PIERDEN POR ESO SU VALOR PROBATORIO — INCOMPETENCIA DE LA JUSTICIA CIVIL PARA CONOCER DE CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA LEY CANONICA AL SENTAR UNA PARTIDA ECLESIASTICA DE ESTADO CIVIL

1.—El hecho de que se compruebe que uno o más de los testigos que en un acta de matrimonio se hace aparecer presenciaron la ceremonia, no estuvieron en realidad presentes al acto, aunque demuestra falsedad del acta en esta parte, no es suficiente para fundar una declaración de falsedad total del instrumento, porque se trata de adulteración en parte no sustancial, y, como lo ha dicho la Corte, del texto del art. 652 del C. J., se deduce A CONTRARIO SENSU, que cuando el documento aparezca alterado en parte no esencial, sino secundaria, se puede atribuírle todo valor probatorio (G. J., Tomo XLIX, pág. 216).

2.—No les es permitido a los funcionarios del orden judicial entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil, llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque eso sería invadir jurisdicción ajena; ni menos si un matrimonio ha sido celebrado con el lleno de las formalidades canónicas, porque ambas legislaciones, la civil y la eclesiástica son independientes, constitucionalmente hablando, y la una no puede inmiscuirse en el círculo de la otra. Reconocida la validez del matrimonio católico y asimiladas las partidas eclesiásticas a actas del estado civil, la presunción de que esas partidas están de acuerdo con las leyes canónicas y que los actos que ellas testifican han sido ajustados con el pleno de esas leyes, las cobija, mientras no se demuestre su falsedad. Y si esas partidas adolecén de algún defecto, o si el acto que ellas acreditan no se celebró de acuerdo con las leyes canónicas, es a la Iglesia a quien toca decidir esos puntos por medio de la justicia, pero no a los tribunales civiles.

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

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

En este expediente, que ya había estado en la Corte, se encuentran dos familias enfrentadas en debate civil, presidida cada una por su respectiva madre, y ambas familias, según se alega, con un padre común: Eloy Sanjuan.

Muerto éste, se siguieron dos juicios de sucesión, el uno en que figura José Arnulfo Sanjuan Quintero, aquí demandante, y figuran también su madre Eduvina Quintero y unos hermanos; y el otro en que actúa Eva Ninfa Ceballos, demandada en el presente juicio, y figuran unos hijos suyos. Y allá como aquí se dice que los descendientes son hijos de Eloy Sanjuan.

Es de advertir que en la defensa de los derechos sucesorales, en que se ha actuado con cierta cólera, el grupo del citado demandante acreditó sus vínculos familiares con declaraciones de testigos sobre posesión notoria del estado civil de la esposa y de los hijos de Eloy Sanjuan, pues no se encontraron las actas eclesiásticas correspondientes; al paso que la Ceballos, quien ha intervenido con actividad en el expediente bajo la firma de Eva Ninfa v. de Sanjuan, ha presentado la partida eclesiástica de su matrimonio con el mencionado Eloy Sanjuan, matrimonio que apunta como fecha de su realización una comprendida dentro del período en que conforme a los testimonios sobre posesión notoria del estado civil a que se hizo alusión, Eloy Sanjuan estaba casado con Eduvina Quintero. Quiere ello decir que han estado reclamando la herencia al mismo tiempo, en calidad de esposas de Eloy Sanjuan, Eduvina Quintero y Eva Ninfa Ceballos, y que en vida, según aparece de las alegaciones, Eloy Sanjuan figuraba con dos es-

posas. Mas uno de los abogados de Sanjuan Quintero, al examinar el certificado expedido por el Vicario General de la Diócesis, en que dice que se prescindió de amonestaciones en el matrimonio de la Ceballos porque él estaba autorizado para dispensarlas en casos de uniones ilegítimas, dice: "Aquí aparece que Eloy Sanjuan vivía en concubinato con Eva Ninfa Ceballos, y aparece que con varios hijos...". Al paso que ésta, después de afirmar que con el juicio de sucesión que promovieron sus contendores trataban de forzarla para un arreglo amigable sobre los bienes de su marido, que ella no quiso aceptar, expresa que la Quintero no fué casada con su esposo, que fué ilegítima la unión de éste con aquélla, y que los hijos de esa unión son naturales o simplemente ilegítimos.

En todo caso, son éstas las armas con que los contrincantes han estado en la lucha: de un lado, los Sanjuan Quintero, con unas pruebas supletorias sobre su estado civil, que fueron aceptadas dentro del juicio de sucesión; del otro lado, la Ceballos, con el acta del matrimonio celebrado con Eloy Sanjuan, acta que también se aceptó dentro de aquel juicio de sucesión, a pesar de que a ello se opuso el mencionado Sanjuan Quintero. Y porque éste no alcanzó éxito con su oposición, surgió el presente juicio ordinario.

José Arnulfo Sanjuan Quintero propuso demanda contra Eva Ninfa Ceballos para que se hicieran estas declaraciones, entre otras:

"a) Que es falsa, intelectualmente falsa, la partida de origen eclesiástico a que se refiere el punto 3º de este libelo".

"b) Que por lo mismo, la mencionada certificación eclesiástica es nula, de nulidad absoluta, siendo así que ella no puede producir ningún efecto jurídico".

La certificación dice, tomada de la demanda, hecho 3º:

"Eloy Sanjuan y Eva Ninfa Quintero —en la Parroquia de Santa Ana de Ocaña a doce de mayo de mil novecientos seis, después de cumplidas las prescripciones canónicas previas para el Sacramento del matrimonio, yo, el infrascrito Párroco, Certifico: Que el Presbítero Alberto Jaime en la capilla de Santa Rita, presenció el matrimonio que **in facie ecclesiae** contrajo Eloy Sanjuan, hijo legítimo de Francisco Sanjuan y Ramona Gómez, con Eva Ninfa Quintero, hija de Adela Ceballos, vecina de esta parroquia. Recibieron las bendiciones nupciales. Fueron testigos Eladio Rochel y Pedro Antonio Jaime. Doy fe. Manuel B. Pacheco A. Presbo.".

En la certificación, que también figura en copia expedida bajo la firma del Pbro. Daniel Sánchez, hay un sello que dice: "Diócesis de Santa Marta. Vicaría Foránea. Parroquia de Santa Ana. Ocaña".

En los hechos de la demanda se habla de que el actor y sus parientes promovieron el juicio mortuorio de Eloy Sanjuan; que allí fueron reconocidos como interesados la madre del actor y unos hermanos suyos; que allí actuó la Ceballos, haciendo peticiones como esposa de Sanjuan, estableciendo este carácter con la partida de matrimonio copiada; que el actor promovió articulación sobre falsedad de esa partida, la cual no prosperó; y que resolvió entonces entablar el presente juicio. Pero es conveniente transcribir el hecho 4º de la demanda, que dice:

"En la certificación transcrita 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 Sanjuan, haya contraído matrimonio con la mencionada señora Eva Ninfa Ceballos o Quintero, como se afirma en esa acta de origen eclesiástico".

La demandada se opuso, negando los hechos y afirmando que es ella la esposa legítima de Sanjuan, y no la Quintero, y haciendo resaltar la circunstancia de la prueba supletoria que han usado el actor y sus parientes, así: "...ellos se hicieron reconocer en el juicio que promovieron, en oposición al provocado por la suscrita, valiéndose de pruebas supletorias, a tiempo que la suscrita y mis hijos hicimos para ello uso de las pruebas principales del estado civil acerca de la calidad de legitimarios que compete a mis hijos y a la suscrita como cónyuge supérstite del mismo causante".

El Juez del conocimiento decidió el asunto por sentencia de once de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, en la cual se dispuso que no es el caso de declarar la falsedad y nulidad de la partida eclesiástica, "por inexistencia de ese documento en el proceso". Y se absolvió a la demandada.

Apeló la parte demandante, y el Tribunal Superior de Bogotá dictó la sentencia de diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual, después de decirle al Juez que "en vez de acometer el estudio de las pruebas ha debido estudiar la acción desde el punto de vista jurisdiccional", y después de expresar que "repudiando los fundamentos de la sentencia apelada se debe confir-

mar la absolución impartida", confirma ciertamente la absolución de primera instancia.

El actor se alzó ante la Corte de esa sentencia, y ella fué casada por la de ocho de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, en la cual se dispone que el proceso vuelva al Tribunal para que se dicte nuevo fallo, tomando en cuenta la exposición hecha por la Sala.

Dijo esta Sala que considerada la controversia en los verdaderos términos en que se ha propuesto, que no se refieren al matrimonio en sí, como lo consideró el Tribunal, sino al acta del estado civil en que se le hace constar, la justicia ordinaria sí tiene competencia para conocer del asunto, 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. Y como el recurrente acusó el fallo del Tribunal con base en el 7º motivo de casación, la Corte encontró viable su acusación, y por eso casó la sentencia.

Sentencia recurrida

Vueltos los autos al Tribunal, se dictó nueva sentencia, fechada el veintiseis de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, en la cual ya se estudia la cuestión debatida, teniéndose en cuenta algunas pruebas aducidas en la segunda instancia, y se llega a una absolución de la demandada, "aunque por razones distintas a las aducidas por el Juzgado de primera instancia". Y el fallo de esta instancia fué confirmado, es decir, que quedó en pie la absolución de la demandada.

El Tribunal, después de hacer examen del material probatorio del proceso, de transcribir algunas críticas del actor en relación con el acta del matrimonio, y de afirmar que esas críticas pueden ser motivos de nulidad del matrimonio, lo cual escapa a la jurisdicción de los jueces pues corresponde el estudio de esas críticas a la justicia eclesiástica, reduce el problema a estos términos: "Quedan pues enfrentadas la partida de matrimonio y las declaraciones de los testigos actuarios". Y sobre estos testigos, expresa la sentencia:

"De todo lo dicho anteriormente se deduce que solamente obra en el expediente una declaración que contradice lo que se afirma en la partida. Esta declaración es la del señor Eladio Rochel quien afirma no haber concurrido al acto del matrimonio. Esta declaración por sí sola no constituye plena prueba de acuerdo con el artículo 696 del Código Judicial, fuera de que resulta sospechosa por aparecer de autos que el declarante es padre legítimo del apoderado del demandante.

"La declaración del otro testigo que aparece concurriendo a la celebración del matrimonio, señor Jaime, nada prueba en contra de la verdad de lo dicho en la partida pues bien puede no recordar un hecho y sobre todo la falta de recuerdo no es una negación".

De la sentencia absolutoria del Tribunal interpuso recurso de casación la parte actora, y se entra en el estudio correspondiente.

Examen de los cargos

El recurrente invoca la causal primera de casación del artículo 520 del C. J., "por errónea apreciación de algunos elementos probatorios y falta de apreciación de otros", lo cual llevó al Tribunal a violar la ley sustantiva.

Dentro de esta enunciación, el recurrente presenta tres quejas contra la sentencia, a saber:

A.—"Al desestimar el Tribunal la declaración de Heladio Rochel, aplicando el artículo 669 numeral 1º del C. J., incidió en error de derecho que lo llevó a violarlo por aplicación indebida e interpretación errónea".

B.—"Al desechar el Tribunal la declaración de Pedro Antonio Jaime y las posiciones de Eva Ninfa, por no encontrar en esos elementos que se complementan ninguna prueba de la acción ejercitada, incurrió en error de hecho evidente y en error de derecho; el primero, por no advertir el significado que de estas pruebas se derivan **en pro de la inexistencia del matrimonio** (la Sala subraya); y el segundo, por desestimar el valor probatorio de las mismas de acuerdo con los artículos 606 del C. J., relativo a la prueba de la confesión, y 696 relativo a la prueba testimonial, disposiciones que fueron quebrantadas".

C.—"Negándose el Tribunal a examinar el alcance de las declaraciones de los Presbíteros Pacheco y Sánchez, en calidad de factores probatorios, escudándose con el pretexo de la falta de competencia, violó directamente el ordinal 2º del artículo 109 del C. J.".

Y refiriéndose a los tres cargos anotados, dice que fueron quebrantadas las disposiciones procedimentales citadas, lo cual "condujo como de la mano al Tribunal a violar los artículos 22 de la

ley 57 de 1887 en armonía con los artículos 393 y 394 del C. C.".

Se entra en los pormenores de estos cargos.

- A -

Ampliando el cargo primero había dicho el recurrente, después de anotar que el Tribunal desechó la declarción de Rochel por falta de imparcialidad a causa de ser el padre del doctor Enrique Rochel, apoderado del demandante: "Heladio Rochel es testigo sin tacha para declarar acerca del hecho que se le atribuye. De él se dice que fué testigo presencial del matrimonio. Declara que no lo fué y niega la calidad con que se le hace aparecer en el acto. Se trata pues de un testigo colocado en situación de excepción, que se le llama porque el hecho sobre que informa es de carácter estrictamente personal, como que tiende a que se diga si él efectivamente presenció el matrimonio. En estas condiciones su dicho es irreemplazable. Sería absurdo que se le estuviera imputando intervención en un acto en que él la niega y cuando su testimonio no ha sido contradicho".

Después de ésto, el recurrente se extiende en consideraciones acerca de que no se puede desestimar la declaración de Rochel por ser padre del apoderado del actor, "porque en estricto derecho no se puede confundir el abogado con la parte en forma que lo que se diga de ésta se extienda a su apoderado".

Rochel, quien adelantándose a la objeción de parcialidad dijo en su declaración que era el padre del doctor Enrique Rochel, expresó: "No es verdad que yo hubiera presenciado matrimonio alguno celebrado entre Eva Ninfa Ceballos con el señor Eloy Sanjuan, ni firmé acta alguna relacionada con ese matrimonio, como tampoco fuí llamado como testigo para tal acto, pues yo no sé nada de éso".

Sobre ésto dice la sentencia recurrida, según ya se vió, que la declaración de Rochel no constituye por sí sola plena prueba al tenor del artículo 696 del C. Judicial, "fuéra de que resulta sospechosa por aparecer de autos que el declarante es padre legítimo del apoderado del demandante".

La tesis del Tribunal es inobjetable. No queda duda de que la declaración de uno de los testigos que figuran en una partida del estado civil puede ser elemento probatorio muy apreciable. Pero en las condiciones del caso analizado por el Tribunal, el dicho de un testigo no puede constituír por sí solo prueba contra la autenticidad de la partida de matrimonio. Podría contribuír a la constitución de esa prueba, pero acompañado de otros elementos de convicción, lo que no ocurre en el presente caso. Afirma Rochel que no asistió al matrimonio y que por lo tánto no fué testigo del acto. Pero estaría bien si estas afirmaciones estuvieran respaldadas por un hecho que las hiciera valederas, como por ejemplo, que a la fecha del matrimonio Rochel estaba ausente. De lo contrario, esas simples afirmaciones de un testigo no pueden destruír la autenticidad de la partida de matrimonio, siquiera en lo relacionado con la firma del mismo testigo.

Mas se dá de barato que la simple afirmación de Rochel descarta su nombre de la partida eclesiástica. ¿Perdería ésta su fuerza probatoria, y sería excluída la demandada del juicio sucesorio, por falta de prueba sobre su matrimonio? Ni aún así. Sería el caso del artículo 652 del C. Judicial conforme al cual los instrumentos originales o en copias alterados en parte sustancial, no se pueden estimar como prueba; lo cual quiere decir, **a contrario sensu,** según lo dice la Corte, que cuando el documento aparezca alterado en parte no esencial sino secundaria, se podría atribuírle todo valor probatorio (G. J. Tomo XLIX pág. 216). Y no puede ser de otra manera, tratándose de un caso como el presente. Sería subordinar el valor probatorio de una partida de matrimonio a lo que declaren dos testigos, aquí uno solo. Sería tener como cosa de menos una partida eclesiástica, tan valedera como una civil, según nuestra legislación y menospreciar la prueba por excelencia, tal vez la única que inspira absoluta confianza social sobre la situación de la persona humana. A este respecto, merece la pena de transcribir lo que el profesor Claro Solar, con la colaboración de otro notable comentador, expone en su obra "Derecho Civil", Tomo IV al folio 77: "¿Para qué habría servido la prueba del estado civil, si se hubiera podido rechazar pura y simplemente el testimonio que encierra? Ello habría equivalido a dejar sometida la prueba de los hechos constitutivos del estado civil a las declaraciones de testigos, con todos los gravísimos inconvenientes que tiene esta prueba cuando ella se rinde en la secuela de un juicio en que pueden hallarse comprometidos valiosos intereses. La partida hace, pues, fe, a menos de prueba contraria, y esta prueba toca suministrarla a la persona que impugna la verdad de las declaraciones contenidas en ella. Esa prueba es la más grande, digámoslo aún, es casi la única prueba que se puede tener del estado de los hombres. Echad por

tierra esta prueba, y todos los fundamentos de la sociedad civil serán sacudidos; no habría ya nada cierto entre los ciudadanos si se suprime este argumento. Que se diga lo que se quiera en cuanto a que este principio es dudoso, que nada es más fácil de alterar, de disimular, de cambiar que el contenido de una partida de bautismo; todas estas reflexiones son justas; pero por dudosa que pueda ser esta prueba, todo será aún más dudoso si no se la admite, si se le rechaza sin pruebas convincentes de falsedad" (Derecho Civil. Tomo I).

Aún se puede aceptar que hubo un fraude porque se hizo intervenir en un acto a persona que no concurrió a él, o que se trata de una alteración, adulteración o suplantación de nombre, lo que sí constituye falsedad de acuerdo con el artículo 231 del Código Penal, y que esa falsedad se establece con la sola afirmación de Rochel: sería una falsedad localizada en un punto del acta de matrimonio. El artículo 394 del C. Civil, después de que los anteriores expresan que se presume la autenticidad y pureza de un acta de matrimonio, pero que a pesar de éso se puede probar contra tal autenticidad, expresa que el acta atestigua solamente la declaración hecha por los contrayentes o por los padres, y que "podrá impugnarse haciendo constar que fué falsa la declaración en el punto de que se trata". Aquí se trata precisamente del punto relacionado con la firma de Rochel, y nada más. No se podía aspirar, entonces, a una declaratoria de falsedad total, como se pide en la demanda y se sostiene en la de casación.

De otro lado, no se puede desautorizar al Tribunal en su concepto de ser sospechoso lo que afirma Rochel. Este mismo, al declarar sin haber sido interrogado sobre el particular, que es el padre del apoderado del actor, estaba sin duda pensando en que su deposición sobre el caso encerraba desconfianza probatoria. Y al Tribunal asistía razón jurídica para tener como sospechoso al testigo —sin considerarlo impedido para declarar, como no lo consideró—, ya que en la valorización de un testimonio el Juez tiene cierta facultad prudencial de apreciación, según los artículos 670, 673 y 704 del C. J. En la estimación de la prueba testimonial tiene papel decisivo la conciencia del juzgador, ha dicho la Corte. Y en otra oportunidad expresó: "La ley ha concedido al Juez determinadas facultades de apreciación de esta prueba (la testimonial) que depende de su criterio y que no es posible desechar sino cuando se ha cometido error evidente de hecho o de derecho". (G. J. Tomo LVIII pág. 634, Tomo LXII pág. 397).

El Tribunal no violó el artículo 669 del C. J., ya que no consideró que Rochel estuviera impedido para declarar, sino que estimó su deposición como sospechosa, para lo cual estaba autorizado por la ley y por la circunstancia de la deposición; ni violó el artículo 22 de la ley 57 de 1887, pues precisamente acató este mandato considerando que el certificado expedido por el Presbítero Sánchez, en que se inserta el acta del matrimonio, se debe admitir como prueba; ni menos fueron violados los artículos 393 y 394 del C. C., ya que por inspiración y acatamiento de ellos se absolvió a la demandada, dejando en pie la partida de matrimonio.

No prospera este cargo.

- B -

Sobre la declaración de Pedro Antonio Jaime y las deposiciones de Eva Ninfa Ceballos, dice el recurrente ampliando su segundo cargo: "La declaración de Jaime es muy valiosa, pues el testigo no se acuerda de haber concurrido al matrimonio de Eloy Sanjuan con Eva Ninfa. No dá información sobre hecho tan importante de su vida, si realmente aconteció. Lo que está indicando que en la certificación del supuesto matrimonio se formula una aseveración irreal; y ésto se confirma con las posiciones de Eva Ninfa, la cual contradiciéndose con lo que antes había contestado a las primeras preguntas y contradiciendo también el acta dice que "fueron testigos del matrimonio los señores Heladio Rochel, su hija Sara Rochel y un señor de apellido Morales que vivía al frente de la capilla y quien falleció' ".

De Jaime dice la sentencia: "El testigo Jaime dice no recordar el hecho, y a este respecto se observa que esta declaración fué rendida diez y ocho años más tarde de la época en que se verificó el hecho sobre el cual declara". Y más adelante se lee: "La declaración del otro testigo que aparece concurriendo a la celebración del matrimonio, señor Jaime, nada prueba en contra de la verdad de lo dicho en la partida, pues bien puede no recordar un hecho; y sobre todo, la falta de recuerdo no es una negación".

Como lo dijo el Tribunal, con mucha razón, no es prueba contra el hecho la falta de recuerdo, falta muy explicable si se tiene en cuenta que corrieron diez y ocho años entre el hecho y la declaración. ¿De cuál hecho? El de la firma, que es de lo que se trata. El no recuerdo de Jaime, es hecho indiferente en cuanto a la autenticidad de la partida de matrimonio.

Sobre las posiciones de la Ceballos dice la sentencia que de ellas "nada puede deducirse en relación con la inexistencia del hecho de que dá cuenta la partida de matrimonio tantas veces citada". A lo cual, como ya se vió, replica el recurrente, manifestando que del no recuerdo de Jaime sobre hecho tan trascendental se puede sacar la conclusión de que "en la certificación del supuesto matrimonio se formula una aseveración irreal", que se confirma con las posiciones de Eva Ninfa, la cual, contradiciéndose y contradiciendo el acta, dice que fueron testigos del matrimonio Heladio Rochel, su hija Sara, y un señor de apellido Morales.

Se observa: del no recuerdo de Jaime, en ningún caso se puede deducir que es irreal lo expresado en la certificación; y lo expuesto por la Ceballos nada tiene que ver con esta conclusión, pues la circunstancia de que hubieran sido testigos del matrimonio (y lo eran para el común parecer todos los que estaban presentes en la capilla) Rochel, su hija y un señor Morales, no se deduce que no hubiera sido testigo Jaime, ni se puede formar argumento contra la autenticidad de la certificación.

Las críticas aquí enunciadas contra la sentencia no tienen mérito alguno, y el recurso, por tanto, no puede prosperar.

- C -

Se acusa al Tribunal de haberse negado a examinar las declaraciones de los Presbíteros Sánchez y Pacheco, en calidad de factores probatorios, escudándose con el pretexto de la falta de competencia, con lo cual se violaron unos textos legales. ¿En qué concepto? ¿Por error de hecho evidente? ¿De derecho? No se dice.

Andando sobre este cargo dice el recurrente que a la partida de matrimonio se le pueden formular varios reparos, a saber: el presbítero Pacheco, que la autoriza, no presenció el matrimonio; el presbítero Jaime, "que lo presenció", no era el párroco ni colaborador; no se dió por escrito la autorización para que el presbítero Jaime "celebrara el matrimonio"; "no hubo amonestaciones para el matrimonio"; "no se levantaron informaciones para autorizar el matrimonio"; los datos que debió dar el presbítero Jaime al presbítero Pacheco no fueron encontrados.

Y expresa el recurrente: los hechos anteriores están acreditados con las declaraciones del Presbítero Pacheco y con el certificado del Presbítero Sánchez; y todas las informalidades apuntadas contradicen disposiciones del derecho canónico, según estudio hecho por la parte actora.

El Tribunal se excusó de entrar en el estudio de estos temas, pues dice que como lo sostiene el mismo apoderado de la parte actora, las omisiones enunciadas son motivos de nulidad del matrimonio, y como ésto es del resorte de los Tribunales Eclesiásticos, no es del caso examinar las citadas omisiones. Literalmente expresó la sentencia: "Ya se dijo y así lo afirma el apoderado del demandante, con citas de expositores y con base en los cánones respectivos, que las irregularidades anotadas constituyen causal de nulidad; pero no conduce necesariamente a la conclusión de que el hecho no se verificó. En sana lógica a lo sumo se podría concluír que el hecho así verificado adolece de nulidad, y se repite, ésto escapa a la jurisdicción civil".

Después de ésto, ¿cómo sostiene el recurrente que el Tribunal "se negó a examinar el alcance de las declaraciones de los presbíteros Pacheco y Jaime? Las examinó, las consideró, y con fundada razón concluyó que todo éso versa sobre el fondo del negocio, sobre el matrimonio mismo y no sobre su prueba, y que la entrada en ese campo le está vedada a los jueces ordinarios. Basta con leer cada una de las objeciones detalladas atrás, y que se refieren todas al matrimonio mismo, para concluír que no podía el Tribunal tocar esos temas, pues entre éstos y los relacionados con la partida de matrimonio puso cerco la Corte al decidir que sí podía el Tribunal entrar en el estudio de las cuestiones relacionadas con la certificación eclesiástica como tema de la demanda, ya que el Tribunal se había excusado de fallar por considerar que se trataba de la nulidad del matrimonio.

Es preciso no confundir las cosas, para tomar cuestiones del matrimonio como argumento contra la certificación eclesiástica. En términos muy precisos y fielmente interpretativos de las reglas legales que rigen sobre el particular, dijo la Corte: "También prospera este capítulo de acusación. No les es permitido a los funcionarios del orden judicial entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil, llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque éso sería invadir jurisdicción ajena, ni menos si un matrimonio ha sido celebrado con el lleno de las formalidades canónicas, porque ambas legislaciones, la civil y la eclesiástica, son independientes, constitucionalmente hablando, y la una no puede inmiscuirse en el círculo de la otra. Reconocida la validez del matrimonio católico y asimiladas las partidas eclesiásticas a actas del estado civil,

la presunción de que esas partidas están de acuerdo con las leyes canónicas y que los actos que ellas testifican han sido ajustados con el pleno de esas leyes, las cobija, mientras no se demuestre su falsedad, cosa que al presente no se discute, y si esas partidas adolecen de algún defecto, o si el acto que ellas acreditan no se celebró de acuerdo con las leyes canónicas, es a la Iglesia a quien toca decidir esos puntos por medio de la justicia, pero no a los Tribunales civiles" (G. J. Tomo XXXIV; XLI pág. 210).

Estudiados cuidadosamente los temas presentados por el distinguido procurador del actor, no le ha sido posible a la Sala estar de acuerdo con ninguno de ellos, por lo cual se decide no casar la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona de fecha veintiseis de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, y NO SE CASA, conclusión a que se llega administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA ACCESION ES UN MODO ORIGINARIO DE ADQUIRIR EL DOMINIO

1.—Es indispensable interpretar la demanda con un criterio científico, similar al que el derecho moderno recomienda para el estudio de los contratos, ya que tanto aquélla como éstos son actos jurídicos que persiguen fines concretos y cuya naturaleza y realidad debe prevalecer sobre los defectos de redacción (artículo 1618 del C. Civil).

2.—La prueba del dominio de bienes inmuebles es únicamente el título debidamente registrado, bien sea escritura pública o hijuela o sentencia judicial. Ni siquiera la confesión puede suplir esta prueba, por tratarse de un requisito ad solemnitatem, de imperativo rigor.

3. — Las acciones de restitución de simple tenencia no son reivindicatorias, porque para configurar una acción de esta índole es necesario que el actor se pretenda dueño y pida la restitución de la posesión, o sea, de la tenencia con ánimo de señor y dueño. Por eso, cuando se trata de una acción de restitución de simple tenencia, es improcedente en estas circunstancias exigir la prueba del dominio del demandante sobre el inmueble o edificación.

4. — La accesión es un modo originario de adquisición del dominio, lo mismo que la ocupación. Es decir, el dominio de la cosa lo adquiere el dueño del terreno por el hecho mismo de la accesión, sin que tenga por qué operarse la transferencia de tal dominio de la cabeza de una persona distinta a la suya. El artículo 713 define la accesión así: "Es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella". Por tanto, es la accesión PER SE lo que produce a favor del dueño de la cosa principal la adquisición del dominio de lo que se junta o accede a ella.

De consiguiente, por el hecho de la accesión el dueño del terreno pasa a serlo de la edificación que en él se levante, con su consentimiento. No necesita adquirir por compra o transferencia del constructor ese dominio, porque ya lo tiene mediante el modo de la accesión, y nadie puede adquirir lo que ya es suyo.

Quiere esto decir que el artículo 739, en su inciso 2º, le dá al contructor el derecho de conservar la posesión del edificio y la tenencia del terreno donde fue construído, mientras el dueño de éste no le pague el valor de aquél. Así, cuando el dueño del terreno paga el valor de la obra, no adquiere el dominio sobre el edificio, pues él le corresponde en virtud de la accesión; con el pago, simplemente recobra la tenencia del terreno y adquiere, la posesión del edificio. La razón es muy clara: el hecho de que la construcción se haya levantado con el consentimiento del dueño del suelo, implica que el constructor reconoce ese dominio; por ello, no puede ser poseedor del terreno. En tanto, sobre el edificio levantado a sus expensas y en razón de tal consentimiento, el constructor sí tiene verdadera posesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El 14 de mayo de 1948 Oliverio Rodríguez S. por medio de apoderado demandó ante el Juzgado Civil del Circuito del Espinal a la sucesión de Vicenta Suárez de Rodríguez, representada por el cónyuge sobreviviente Isidoro Rodríguez y por los herederos Luis, María Emma, Rafaela, Rosendo, Vicente y Ana Rita Rodríguez S., para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º Que mi poderdante, señor Oliverio Rodríguez S., quien es igualmente heredero y, por consiguiente, interesado en la sucesión de la señora Vicenta Suárez de Rodríguez, edificó (sic) para su exclusivo patrimonio, y con dineros de su propiedad una casa construída con materiales de ladrillo, baldosín, cemento, teja de barro, madera, zinc, etc., constante de diez piezas y servicios higiénicos, instalaciones de agua, luz y fuerza, ubicada en el área urbana del Espinal, en la carrera 5ª —antes carrera 2ª— sobre un lote que mide quince metros con veintiseis centímetros de frente, treinta (30) mo-

tros de fondo central y diez y seis metros de ancho en la línea de fondo, alinderado el inmueble especialmente así: "Por el Norte, carrera 5ª, antes carrera 2ª de por medio, con casa de la señora Clemencia de Cartagena; por el Oriente, con piezas que pertenecen a la sucesión de la señora Vicenta Suárez de Rodríguez; por el Sur, con solar que fue de la señora Sacramento Cortés v. de Ochoa y que hoy pertenece a Miguel Rodríguez; por el Occidente, con propiedad de Eugenio Pava, hoy de sus herederos.

"2º Que en fuerza de la anterior declaración y de lo que establece el inciso 2º del artículo 739 del C. Civil, la sucesión de la señora Vicenta Suárez de Rodríguez, dueña del lote sobre que está construída la casa mencionada en el hecho primero de la demanda, no puede recobrar dicho lote *mientras no pague a mi poderdante señor Oliverio Rodríguez S. el valor del edificio* construído en el mencionado lote que se alinderó en el hecho primero de la demanda.

"3º Que, igualmente en fuerza de la primera declaración y de la segunda, la casa construída por mi poderdante, de que habla el hecho primero de la demanda y la primera declaración, debe ser excluída del inventario de los bienes réditos (sic) de la sucesión de la señora Vicenta Suárez de Rodríguez, por no pertenecer dicho inmueble a la mencionada sucesión.

"4º Que en fuerza de las anteriores declaraciones, debe cesar el secuestro que pesa sobre la casa mencionada en la primera declaración, dentro de la tantas veces citada sucesión de Vicenta Suárez de Rodríguez.

"5º Que a virtud de la declaración anterior se le debe entregar a mi poderdante señor Oliverio Rodríguez, la casa de que habla la primera declaración, con los cánones de arrendamiento percibidos por el secuestre durante todo el tiempo que la mencionada casa haya sufrido o sufra el secuestro de que aquí se ha hecho mención, dentro de la tantas veces nombrada sucesión de Vicenta Suárez de Rodríguez".

Son hechos de la demanda:

"1º Que el demandante construyó para sí y con dineros de su exclusiva propiedad, sobre un lote que perteneció a la sociedad conyugal formada por los padres del demandante, Isidoro Rodríguez y Vicenta Suárez de Rodríguez y con permiso de éstos, quienes quisieron ceder el lote, una casa de ladrillo, baldosín, cemento, teja de barro, madera, zinc, etc., en el año de 1943, constante el inmueble de diez piezas, servicios higiénicos, instalaciones de agua y luz, ubicada en el área urbana del Espinal, en la carrera 5ª, antes carrera 2ª, teniendo el lote sobre que está edificada las mismas dimensiones y linderos dados en la declaración primera de la demanda, lote que formaba parte de un inmueble de mayor extensión alinderado así: (los mismos que se insertaron en la declaración primera). 2º Que el valor de los materiales, de la mano de obra y de todos los gastos invertidos en la construcción, fueron sufragados por el demandante con dinero de su exclusivo peculio personal. 3º Que una vez terminada la construcción de la casa, el demandante la dio en arrendamiento y siguió disfrutándola y poseyéndola, sin que nadie hubiera intentado disputarle la posesión. 4º Que el inmueble urbano descrito en los hechos anteriores, fue inventariado y ávaluado como bien relicto de la sucesión de la causante Vicenta Suárez de Rodríguez. 5º Que dentro del sucesorio de dicha causante, el Juez *a quo* decretó a petición del apoderado de algunos interesados el secuestro de la casa como bien relicto; que el secuestro se practicó, arrebatándole al demandante su posesión material sobre dicho bien".

Según la fiel relación que hace el Tribunal, corrido el correspondiente traslado a los representantes de la sucesión citados en el libelo, "Isidro Rodríguez, y Luis y Rosendo Rodríguez S., por medio de apoderado, expresaron aceptar todos y cada uno de los hechos fundamentales de la demanda y no oponerse a las declaraciones impetradas en ésta. Y los demás demandados, por medio de apoderado, se opusieron al pronunciamiento de las declaraciones pedidas en la demanda, negaron el derecho que pueda tener el demandante para la acción incoada y solicitan se le condene en costas por su temeridad. En cuanto a los hechos, responden: Niegan los 1º, 2º, 3º y 5º, y dicen que la única verdad es que los terrenos y las casas que están edificadas sobre ellos, son de propiedad de la sucesión ilíquida de Vicenta Suárez de Rodríguez, y que si el demandante se creía poseedor y dueño del inmueble que reclama, ha debido defender ese derecho cuando se practicó el secuestro a que alude el hecho 5º Aceptan el hecho 4º y agregan que la inclusión se hizo en el inventario porque todos los interesados en la sucesión de Vicenta Suárez de Rodríguez sabían y saben que tal inmueble es de dicha sucesión, y que así lo afirmó el propio demandante por medio de su apoderado en la correspondiente diligencia de inventarios".

Surtida la tramitación de rigor, el Juzgado dictó sentencia el 19 de abril de 1949 absolviendo a los demandados por haber hallado probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante.

Sentencia recurrida

El actor apeló de la anterior providencia. El Tribunal Superior de Ibagué entendió "que el demandante no persigue en acción reivindicatoria o de dominio la restitución o entrega de la edificación materia de este juicio, sino solamente la declaración de exclusión de esa edificación de los inventarios y avalúos de la sucesión de la causante Vicenta Suárez de Rodríguez en orden a poder ejercitar el derecho de retención consiguiente por haber sido privado de la tenencia con el secuestro practicado en la misma sucesión, es decir, hasta tanto la entidad demandada le pague el valor del mismo bien, que considera como de su exclusiva propiedad". Por consiguiente, a juicio del Tribunal, "el demandante sí conlleva personería sustantiva para el ejercicio de las acciones incoadas en su libelo de demanda, ya expresadas. Sólo que, como el Tribunal lo advierte, la demanda se ha dirigido por el demandante contra diversa persona de la obligada a responder por las cosas o hecho demandados, lo cual también se hace notar en la parte motiva de la sentencia apelada, pero sin que se reconozca la excepción en la parte resolutiva de la misma sentencia".

Con base en las consideraciones transcritas el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia, pero advirtiendo que "por razones distintas a las consignadas en la sentencia recurrida, esto es, por hallarse probada la excepción de inepta demanda, por ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada en este juicio".

El recurso

Interpuesto por el demandante el recurso de casación, pasa la Sala al estudio de los cargos propuestos contra la sentencia del Tribunal.

Dice el recurrente:

"Incurrió el Tribunal en grave error de hecho y de derecho, en la interpretación de la demanda, y por virtud de él, violó el artículo 739 del Código Civil, lo mismo que el artículo 1388 del mismo Código, por infracción directa o falta de aplicación y violó el artículo 1398 del mismo Código, por el mismo motivo y también en forma directa. En efecto, el Tribunal en su sentencia parte de una base clara y evidente: la demanda contiene solamente las peticiones de exclusión de la casa de los inventarios de la sucesión, obligación de ésta de pagar su valor para recobrar el inmueble y terminación del secuestro. Pero en forma incomprensible el Tribunal pasó por sobre la petición primera de la demanda, no la consideró, no la analizó, no la tuvo absolutamente en cuenta. La sentencia acusada se limita a declarar probada la excepción de inepta demanda por ilegitimidad sustantiva de la parte demandada y al sustentar su fallo el Tribunal se limita a exponer los argumentos que se dejaron resumidos atrás, todos los cuales miran, exclusivamente, a las peticiones segunda a quinta de la demanda (e interpretando erróneamente su alcance, como será expuesto en capítulo posterior).

Pero la petición primera de la demanda, que se limita a una simple acción declarativa (haber construído a sus expensas el demandante la casa y para su propiedad), que puede formularse frente de cualesquiera demandados, sin que importe la condición o calidad de éstos, ni siquiera fue considerada. Cualquier persona puede demandar a cualquiera otra, para que se declare que ha construído a sus expensas una edificación. Por consiguiente, hay derecho y no existe obstáculo procesal ni jurídico-material ninguno, para demandar por parte del señor Oliverio Rodríguez a la sucesión de su madre doña Vicenta Suárez de Rodríguez, para que se haga tal declaración. No se trata en esa acción declarativa de imponer condena ninguna. Cosa distinta ocurriría si fuera de condena contra la sociedad conyugal. Y como dicha petición primera es expresa y clara, al no considerarla en forma alguna el Tribunal, incurrió en error de hecho grave y manifiesto en la interpretación de la demanda. Y también incurrió en error grave de derecho, ya que violó la obligación de pronunciarse expresamente sobre todas y cada una de las peticiones de la demanda, y en últimas desconoció la naturaleza declarativa y el valor propio de la dicha petición. Como consecuencia de tales errores, el Tribunal desconoció el derecho que el artículo 739 del Código Civil dá al que edifica en suelo ajeno, para que se le tenga como dueño de esa obra o por lo menos el derecho clarísimo que de dicho texto aparece para el constructor de que se le tenga como tal (o sea precisamente que se declare que él construyó con su propio peculio y para sí) con fines a obtener el pago de su valor, o al simple reconocimiento de su calidad de constructor. Es decir, dicho texto consagra el interés jurídico pleno para quien constru-

ye en suelo ajeno, de pedir que se le declare constructor para sí de la edificación, ante cualesquiera personas. Así como cualquier persona puede demandar a otra para que se declare a la primera dueña de un bien, así también puede hacerlo para que se declare constructor de un edificio para sí y por sus propios medios.

Se violó de esa manera, directamente, el artículo 739 citado. Y se violó por el Tribunal por la misma causa el artículo 1388 del Código Civil, pues éste otorga el derecho a que se decida por la justicia ordinaria de toda cuestión sobre propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, y que en consecuencia no deben entrar en la masa partible de la sucesión. El demandante señor Rodríguez tiene, pues, el derecho a que se haga la declaración primera de la demanda, pues se relaciona con derechos exclusivos sobre un bien inventariado en la sucesión. Y en la misma forma se violó el artículo 1398, pues se dejó de aplicarlo en cuanto otorga el derecho a que se proceda a la separación del bien que, por cualquier motivo, se encuentre confundido con el patrimonio del difunto.

Para todos estos efectos, nada importa que se haya demandado a la sucesión y no a la sociedad conyugal; esto puede ser de trascendencia para acciones reivindicatorias, pero no para simplemente declarativas. El Tribunal, aplicando los textos citados, ha debido hacer la declaración primera pedida, por estarlo acreditado plenamente en los autos; que otra cosa diferente es la consecuencia jurídica qué luego se le quiere hacer producir a dicha declaración contra terceros; al no hacerlo, los violó directamente, como lo determino en esta primera acusación contra la sentencia.

"*Capítulo segundo.*—Acuso también la sentencia del Tribunal, referida, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante, y con las excepciones probadas del demandado. En efecto, como consecuencia del error de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda, la sentencia del Tribunal dejó de considerar la petición primera, como se expuso, no obstante estar la pretensión en ella contenida plenamente deducida, y en forma oportuna, en el juicio. La sentencia se limita a declarar probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, por razón de no haberse demandado a la sociedad conyugal para la exclusión del bien de los inventarios, declaración de estar la sucesión obligada a pagar el precio de la edificación para recobrar el inmueble y cesación del secuestro. Pero nada de esto tiene que ver con la acción declarativa de la petición primera, de manera que en forma evidente aparece la falta de consonancia, en este punto, de la sentencia con dicha pretensión. Por otra parte, en la petición segunda se solicita que se declare la obligación de la sucesión de pagar el precio del edificio, *en caso de querer recobrar el inmueble.* Es decir, que se declare que la sucesión no puede hacerse al inmueble, sin pagar al demandante el valor de la edificación. Por lo tanto se trata de una declaración pedida *contra la sucesión*, no contra la sociedad conyugal; y por tanto, ha debido absolvérsela de fondo cualesquiera que fuera el sentido del fallo en ese punto, porque es obvio que si la sucesión pretende apoderarse del inmueble tiene que pagar el valor de la edificación al demandante, como tiene que hacerlo cualquier persona, ya que el artículo 739 del C. C. le dá al demandante el derecho a recibir ese pago para podérsele arrebatar el inmueble.

"Los efectos jurídicos prácticos de la declaración son otra cosa; si la sucesión no pide para sí la entrega del bien, sino otra persona, pues a ésta no se le podrá hacer valer la sentencia, como tercero que sería. Pero la declaración pedida en contra o mejor frente a la sucesión, opera fácilmente, y ha debido absolvérsela. Al no hacerlo el Tribunal, so pretexto de no haberse demandado a la sociedad conyugal, aplica una inexistente excepción de ilegitimidad sustantiva de la sociedad conyugal, dejando de considerar pretensiones oportunamente deducidas por el demandante. Cosa muy distinta, y entonces sí hubiera tenido razón el Tribunal, sería si la petición consistiera en que se declarara que la sociedad conyugal no podía recobrar el inmueble sin pagar la edificación; porque entonces sí se estaría pidiendo contra persona ajena al juicio, que es en lo que consiste la ilegitimidad sustantiva de la personería. Pero aquí se demandó a la sucesión, y se pide contra la sucesión la declaración comentada, que, en consecuencia, es operante. Falta también consonancia con la excepción declarada.

"En tercer lugar, la petición tercera de la demanda tiende a que se declare que debe ser excluída de los inventarios *de la sucesión* la casa, por no pertenecer a la sucesión dicho bien. Nada tiene que ver por tanto, con tal petición, el hecho de no haberse demandado a la sociedad conyugal; porque no está pidiendo que se excluya el bien de los inventarios de la sociedad conyugal, sino de los de la sucesión; por tanto, es frente a la sucesión que se pide la declaración y solamente a ésta debía demandarse para tales efectos. No se trata de acción reivindicatoria, pues la posesión la venía teniendo el demandante, y sólo hubo un secuestro en favor

de la sucesión; no se está pidiendo en este punto la entrega material ni restitución en forma alguna del bien; sino, simplemente, que se excluya de los inventarios de la sucesión; nada se pide contra la sociedad conyugal. Por tanto, no hay consonancia tampoco entre la sentencia y esta petición, ni con la excepción declarada, sin pruebas.

"En cuarto lugar, tampoco hay dicha consonancia con la petición cuarta de la demanda; porque se trata de hacer cesar un secuestro hecho *para la sucesión;* no para la sociedad conyugal, como se ve de la copia a folio 14 del cuaderno primero. Por consiguiente, nada tiene que ver el hecho de haberse dejado de demandar a la sociedad conyugal. Y la petición quinta de la consecuencia de la cesación del secuestro, y por tanto existe también respecto de ella la falta de consonancia que es objeto de esta acusación.

"*Capítulo Tercero.*—Acuso la sentencia de violación directa de los artículos 739, 1388 y 1398 del Código Civil, por no haberlos aplicado debiendo hacerlo, y del 333 del C. Judicial por aplicación indebida. Ya no como consecuencia de un grave error de hecho en la interpretación de la demanda, sino en forma independiente, hago esta acusación. Porque los dichos textos dan el claro derecho al demandante para que se declare que él construyó el edificio a sus expensas y para sí, y para que se le excluya consiguientemente de los inventarios de la sucesión y se haga cesar el secuestro que a favor de ésta se hizo. Ninguna de estas acciones, ni la contenida en la petición segunda, conlleva reivindicación ni acción real propiamente dicha. Se trata de acciones personales contra la sucesión, y la primera meramente declarativa, como se dejó expuesto. Por lo tanto, nada tiene que ver el hecho de no haberse demandado a la sociedad conyugal; en cuanto a la petición primera, porque puede pedirse frente a cualquier persona; en cuanto a la petición segunda, porque se solicita para la sucesión y por tanto es ésta la llamada a contradecirla, sin que importe la circunstancia, repito, de que no se pueda hacer valer contra un tercero; en cuanto a la tercera, porque los inventarios son de la sucesión, y por tanto es a la sucesión a la que le corresponde contradecirla; y en cuanto a las dos últimas, porque el secuestro no se hizo para la sociedad conyugal, sino para la sucesión. Al desconocer esto, la sentencia violó los textos citados, porque ha debido aplicarlos fallando sobre las peticiones, pues de ellos resulta claramente el interés jurídico del demandante en que se hagan las declaraciones que pide.

Las dos peticiones últimas, por otra parte, carecen ya de interés jurídico, porque el secuestro fue levantado por solicitud unánime de todos los interesados. El Tribunal se fundamentó en el artículo 333, ordinal 2º del Código de Procedimiento Civil, aplicándolo indebidamente, texto que también señalo como violado en dicha forma, dentro de este capítulo. En efecto, según tal texto se debe demandar a la persona que debe contradecir la petición, o sea, contra quien se endereza la acción; pero en el caso presente, ya hemos visto que la sociedad conyugal es ajena al litigio, pues las acciones se enderezan únicamente contra la sucesión y se trata de acciones personales o declarativas. El Tribunal erró al considerar que se debía aplicar al caso de autos, la jurisprudencia de la Corte sobre acciones reivindicatorias, que es cosa absolutamente distinta. Si se pide una restitución posesoria, lógico que debe demandarse al poseedor y si éste lo es la sociedad conyugal, a ésta debe demandársela; lo mismo si se pide la nulidad de un contrato de compraventa sobre un inmueble del que está en posesión la sociedad conyugal. Pero aquí se trata de acción declarativa simple, la de la petición primera, y de acciones personales sobre inventarios y secuestro, que lógicamente deben enderezarse contra la persona titular de esas diligencias, o sea contra la sucesión.

Además, el cónyuge sobreviviente no representa a la sucesión, sino los herederos; por lo tanto, si se le demandó debe tener una calidad propia, distinta a la de representante de la sucesión; y tal calidad no puede ser otra que la de representante de la sociedad conyugal, aun cuando no se haya dicho esto en forma expresa. La demanda se interpreta racionalmente, y no literalmente, como lo ha dicho muchas veces esa misma Corte. Si se demandó a quienes representan a la sucesión, y al mismo tiempo a quien representa a la sociedad conyugal, es obvio que se ha demandado realmente a ambas; máxime porque ni la sucesión ni la sociedad conyugal son personas jurídicas distintas de los herederos o los cónyuges. De manera que o bien porque la presencia de la sociedad conyugal como demandada no se requiere en este caso, o bien porque era suficiente demandar al cónyuge sobreviviente y a los herederos del difunto, el Tribunal hizo una aplicación indebida del ordinal 2º del artículo 333 del C. de Pr. C.; y al hacerlo violó también, como se dejó expuesto, los artículos 739, 1388 y 1398 del C. Civil. Y considero que el citado texto del ordinal 2º del artículo 333, C. J., es una norma sustantiva, y no adjetiva, porque está mirando a la personería sustantiva de los demandados, al menos

en el sentido por el que lo tomó el Tribunal. Es una norma que implica estudio del fondo del litigio, de la calidad jurídica de la parte, de su situación en la relación jurídica-material deducida en el juicio; por tanto, no puede ser norma adjetiva, sino sustantiva. De modo que basta la violación por indebida aplicación, de este texto, para casar la sentencia.

Por último, para aplicar una excepción perentoria, como ésta de ilegitimidad sustantiva de personería, debe hallarse probada en el juicio; y resulta que en los autos no aparece la prueba de que el inmueble pertenezca a la sociedad conyugal; sino la afirmación del actor, en el hecho primero, contradicha por la afirmación de los demandados al contestar este punto (folio 23), pues éstos dicen que el inmueble es de "propiedad de la sucesión ilíquida de Vicenta Suárez de Rodríguez". De manera que por esta razón también hubo aplicación indebida del ordinal 2º del artículo 333, C. J. y falta de aplicación de los otros textos citados del C. Civil.

"*Capítulo Cuarto.*—Acuso la sentencia por grave error de hecho en la apreciación de la prueba, y de derecho sobre la misma, que se tradujo en violación directa de los artículos 739, 1388 y 1398 del C. Civil, y 333, ordinal 2º del C. J. por aplicación indebida. En forma evidente aparece la falta de prueba de que el lote sobre el cual se construyó la edificación, pertenezca a la sociedad conyugal; por consiguiente, al dar por probado ese hecho y declarar consecuentemente probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, el Tribunal incurrió en grave error de hecho sobre las pruebas, y en violación de los textos citados. Y si el Tribunal consideró que era prueba suficiente el haberse afirmado tal hecho en la demanda, incurrió en error grave de derecho sobre el valor probatorio de una tal afirmación cuando se trata de dominio de inmuebles, violando los artículos 630, 635 y 636 del C. de Pr. C. y 785 (sic) (es 2652) del C. Civil, normas éstas que acuso igualmente como violadas, por falta de aplicación o directamente.

"*Capítulo Quinto.*—Acuso la sentencia por violación directa, por falta de aplicación de los artículos 1155, 1836, 1805, 1806 y 1834 del Código Civil. En efecto, la demanda se enderezó contra todos los herederos del cónyuge difunto y contra el cónyuge sobreviviente. Quiere esto, decir, que aquéllos representan al difunto como lo ordena el artículo 1836 del C. C. y se debe considerar como demandado dicho cónyuge; y como también se demandó al sobreviviente, al quedar así demandados todos los que representan a los socios de la sociedad conyugal, se debe considerar como demandada ésta, aun cuando se hubiera omitido decirlo en forma expresa. Como antes expuse, si el marido no representa a la sucesión, se debe entender que se le demandó en otra calidad; y ésta no puede ser sino en su propio nombre por responder de todas las deudas sociales al tenor del artículo 1834 que igualmente se violó, y como representante de la sociedad conyugal como lo dispone el artículo 1805, y por ser reputado dueño de los bienes sociales al tenor del artículo 1806, que dejó de aplicarse por el Tribunal. Por consiguiente el cónyuge marido tiene personería para contradecir la acción incoada, porque la edificación se hizo cuando existía la sociedad conyugal, y él era para entonces reputado dueño del inmueble, responde solidariamente de la obligación que implica el ordinal 2º del art. 739, C. C. y era el representante de la sociedad conyugal.

"En esta forma aparece violado también el dicho artículo 739 por falta de aplicación contra el marido llamado al juicio. Y como también se demandaron a todos los herederos del cónyuge difunto, era ya innecesario demandar expresamente a la sociedad conyugal que no es otra cosa que los dos cónyuges, aquí el difunto representado por sus herederos conforme al artículo 1836 C. C. y el 1155 ibidem. Pero, si se insiste en que no es suficiente demandar al cónyuge sobreviviente marido y a los herederos de la difunta, entonces se debe tener en cuenta que en este juicio, por la naturaleza de las acciones intentadas, como ya se dejó expuesto, no era necesario demandar a la sociedad conyugal; y que de todas maneras se podía demandar a los representantes de la sucesión y al cónyuge supérstite, para los simples fines de las peticiones formuladas. De una o de otra manera, aparecen violados los textos en cita".

Para un mejor estudio del presente caso, y dadas las conexiones existentes entre los diversos cargos, se estudiarán simultáneamente los contenidos en los capítulos primero (1º), tercero (3º) y cuarto (4º) de la demanda de casación.

Se considera:

Pueden resumirse en dos las acusaciones que formula el demandante en casación en estos tres cargos: 1ª) que el Tribunal dejó de considerar la petición primera de la demanda, que contiene una simple declaración de haberse construído a expen-

sas del demandante la edificación objeto de la litis; y 2ª) que el Tribunal, en forma indebida, aplicó la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, con fundamento en que en el hecho primero del libelo se afirma que el terreno sobre el cual se construyó la edificación pertenecía a la sociedad conyugal y en lugar de ésta fue demandada la sucesión, sin reparar el sentenciador: 1º que en el hecho 4º se dice que tal inmueble fue inventariado como de la sucesión; 2º que los demandados también afirmaron al contestar estos hechos que el bien era de la sucesión; 3º que no existe la prueba de la propiedad del inmueble como de la sociedad conyugal; 4º que no se trata de acción real ni reivindicatoria sino simplemente declarativa del derecho de retención contra la sucesión demandada y el cónyuge sobreviviente que concurrió al juicio; 5º que los inventarios son de la sucesión; y 6º que por tratarse en último caso de una deuda de la sociedad conyugal el marido demandado respondería solidariamente de ella, no siendo por tanto necesario demandar a la sociedad conyugal a quien en subsidio se debe considerar demandada por haberse dirigido la acción contra el cónyuge supérstite y todos los herederos del cónyuge difunto. De todo lo anterior deduce el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 739, 1388, 1398 del C. C. como consecuencia de grave error de hecho y de derecho en la interpretación de la demanda y en la apreciación de la prueba del dominio del terreno, y que directamente, con prescindencia de tales errores, violó el artículo 333, ordinal 2º del C. J. por aplicación indebida.

En efecto, la sentencia del Tribunal apoya la ilegitimidad sustantiva de la personería de los demandados en el ordinal 2º del artículo 333 del C. Judicial, como consecuencia de no haberse demandado a la sociedad conyugal, a pesar de que en el hecho primero del libelo se le atribuye la propiedad del terreno donde el actor dice que construyó el edificio a sus expensas. Al emitir concepto el Tribunal sobre la naturaleza de las acciones incoadas dice: "El demandante no persigue en acción reivindicatoria o de dominio la restitución o entrega de la edificación materia del juicio, sino solamente la declaración de exclusión de esa edificación de los inventarios y avalúos de la sucesión de la causante Vicenta Suárez de Rodríguez, en orden a poder ejercitar el derecho de retención consiguiente, por haber sido privado de la tenencia con el secuestro practicado en la misma sucesión, es decir, para conservar el ejercicio de sus derechos sobre el bien, hasta tanto la entidad demandada le pague el valor del mismo bien, que considera como de su exclusiva propiedad". (C. 4, fl. 3 vta.).

En otro aparte de la sentencia, al entrar ya al estudio del caso, luego de enumerar la prueba de los demandados, dice el Tribunal que, en su concepto, lo que el demandante pretende obtener "es la exclusión de los inventarios y avalúos de los bienes relictos *de la sucesión* de la causante Vicenta Suárez de Rodríguez, por ser dueño y poseedor exclusivo de la correspondiente edificación, de este bien raíz que fue inventariado y avaluado como de propiedad de la *sociedad conyugal...*". (C. 4., fol. 12 vtó.).

Observa la Corte que en la petición segunda de la demanda, de manera terminante se solicita la declaración de que *"la sucesión* de la señora Vicenta Suárez de Rodríguez, *dueña del lote,* sobre que está construída la casa" no puede recobrar dicho lote mientras no pague al demandante el valor del edificio construído por éste. La Sala hace notar también que en el hecho cuarto de la misma demanda se afirma que ese inmueble fue inventariado "como bien relicto de la sucesión", y que los demandados unánimemente aceptaron este hecho. En cuanto al 2º, quienes se opusieron a la prosperidad de las acciones instauradas, afirman que el terreno y casa pertenecen a la sucesión.

Pugna, pues, contra la realidad de lo expuesto en la demanda y en su contestación, lo dicho por el Tribunal respecto a que se persigue la exclusión de un bien inventariado como de la sociedad conyugal. En forma que no deja duda alguna, de tales piezas consta que cuanto se afirma y se acepta es que el bien fue inventariado como de la sucesión.

De otra parte, si bien en el hecho 1º de la demanda se dice que el terreno pertenecía a la sociedad conyugal, también es evidente que en la petición segunda de la misma se afirma, por el contrario, que la sucesión es la dueña de tal lote y se solicita la declaración de que ésta, para recobrarlo, debe pagar el valor del edificio construído en él por el demandante. En la súplica tercera se pide su exclusión de los inventarios de la sucesión. Y todos los demandados aceptaron en forma expresa que la sucesión es la dueña del lote en cuestión.

¿Qué debe primar, entonces, ante esta aparente contradicción de la demanda? Para la Sala es indispensable interpretar la demanda con un criterio científico, similar al que el derecho moderno recomienda para el estudio de los contratos, ya que tanto aquélla como éstos son actos jurídicos que persiguen fines concretos y cuya naturaleza y realidad debe prevalecer sobre los defectos de redac-

ción (artículo 1618 del C. Civil). La reiterada afirmación establecida tanto en la petición segunda como en el hecho cuarto de la demanda, de que la sucesión es dueña del lote, y la circunstancia de que aquélla determina el alcance del pronunciamiento que se pide al juzgador, más el hecho de que los demandados aceptaron y afirmaron el dominio de la sucesión sobre ese lote, obligan a la Sala a concluir que la *litis contestatio* quedó configurada sobre el dominio que la sucesión ejerce en el terreno (punto respecto al cual no existe discusión) y la pretensión del demandante de haber construído a sus expensas el edificio que en él se encuentra, único objeto del litigio.

Es importante observar además, como lo hace el recurrente, que en autos no existe prueba ninguna en contrario del hecho afirmado y aceptado del dominio de la sucesión sobre el terreno, ya que ni el título de adquisición ni el Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, fueron traídos al juicio. En razón de esta circunstancia y además de que no se ha pedido una declaración de dominio ni ejercitado acción reivindicatoria ninguna sobre ese terreno, la cuestión de su dominio es completamente ajena a este litigio y so pretexto de ella no podía el Tribunal, como lo hizo, abstenerse de fallar sobre las declaraciones solicitadas en la demanda.

Cosa muy distinta sería si se tratara de un juicio reivindicatorio.

De lo expuesto se deduce que tiene razón el recurrente cuando sostiene que la doctrina de la Corte sobre acciones reales respecto a bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, cuando se demanda únicamente a los herederos o a la sucesión, no tiene cabida en el caso presente.

De las peticiones primera y segunda puede deducirse una condena contra la sucesión, pero condicionada a la circunstancia de que desee recuperar el terreno del cual se la reputa dueña. De manera que como respecto al dominio no existe litigio sinc acuerdo entre las partes, y no se trata de acción de dominio, la legitimación para contradecir tal solicitud es clara en la sucesión, representada por los herederos demandados en tal carácter. Si el demandante construyó a sus expensas, y se acepta por ambas partes que la sucesión es la dueña del inmueble, es claro que ésta, para recobrarlo en calidad de tal, estaría sujeta a la obligación impuesta por el artículo 739 del C. Civil a favor de aquél.

Las restantes peticiones se refieren a la exclusión de la casa (no del terreno) de los inventarios de la sucesión, terminación del secuestro hecho para esa sucesión y entrega del inmueble y de los cánones de arrendamiento por el secuestre al demandante. Todas ellas sin duda alguna están dirigidas contra la sucesión, siendo ésta en consecuencia la llamada a contradecirlas, por intermedio precisamente de los herederos demandados. La legitimación de la parte demandada o personería sustantiva respecto a estas peticiones finales es perfecta, como se ve claramente.

Por otra parte, la prueba del dominio de bienes inmuebles es únicamente el título debidamente registrado, bien sea escritura pública o hijuela o sentencia judicial. Ni siquiera la confesión puede suplir esta prueba, por tratarse de un requisito *ad solemnitatem*, de imperativo rigor. En este juicio no existe la prueba del dominio del terreno sobre el cual se construyó la edificación en disputa. La simple aseveración que aparece en el hecho primero de la demanda, contradicha por lo expuesto en el hecho cuarto y en la petición segunda de la misma demanda, no constituye prueba alguna de que efectivamente pertenezca a la sociedad conyugal o a la sucesión, y ni siquiera tiene el carácter de confesión debido a que las afirmaciones contradictorias impiden darle tal significado. Ante tan absoluta falta de prueba no podía el Tribunal dar por cierta la afirmación del hecho primero, de tratarse de bien de la sociedad conyugal, dejando de lado la que en el mismo libelo atribuye el dominio a la sucesión, aceptada unánimemente por los demandados.

Para poder declarar, como lo hizo, la ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada, precisamente sobre la base de ser la sociedad conyugal la dueña del terreno, era indispensable que el Tribunal dispusiera dentro del juicio de la plena prueba de ese dominio y que se tratara de acción real sobre el inmueble; y como esto no ocurre, hizo una indebida aplicación de esa excepción perentoria y del ordinal 2º del artículo 333 del C. J. en que la fundamenta. Hay un evidente error de hecho en la interpretación de la demanda, como lo hace notar el recurrente.

En cambio, para la legitimación de la parte demandada, es decir de la sucesión, no importa la ausencia de la prueba que acredite su calidad de dueña del terreno, porque, en primer lugar, no existe discusión respecto a ese punto, y no se ha ejercitado una acción real ni reivindicatoria; por otra parte, las declaraciones contenidas en la demanda se piden contra la sucesión y ya se vio cómo para contradecirlas es indiferente la cuestión de tal dominio.

Por último, es importante tener en cuenta que el

secuestro cuyo levantamiento se pide, se hizo al tenor del hecho 5º de la demanda para la sucesión y como bien perteneciente a ésta, de manera que era la misma sucesión la que debía contradecir las peticiones 3ª y 4ª de la demanda.

Se concluye de lo dicho, que el Tribunal ha debido entrar al estudio de las declaraciones pedidas en la demanda puesto que la personería de la parte demandada es legítima y en *su* concepto lo es también la de la parte demandante. Al no hacerlo, violó evidentemente por falta de aplicación, como lo alega el recurrente, el artículo 739, del C. Civil, que faculta a quien construye en terreno ajeno para pedir la declaración de que ha edificado a sus expensas y que tiene derecho a que el dueño del suelo, si desea recuperarlo, le pague el valor del edificio, o las mejoras.

Por las anteriores consideraciones, procede CASAR la sentencia recurrida y en su lugar proferir la que fuere de derecho, como pasa a hacerse.

Sentencia de instancia

El señor Juez Civil del Circuito del Espinal al fallar en primera instancia consideró que existía ilegitimidad de la personería tanto del demandante como de la parte demandada, y por tales razones absolvió a los demandados.

En cuanto a la personería de la parte demandada, valen las razones expuestas al estudiar los cargos, para concluir su legitimidad. Debe estudiarse lo relacionado con la personería del demandante, para decidir si es el caso de confirmar o revocar por ese aspecto la sentencia del Juez *a quo*. Las razones expuestas por el señor Juez, son éstas, en síntesis:

El demandante pretende reivindicar un edificio que dice le pertenece, por haberlo construído a su costa. Como se trata de un inmueble, el reivindicante ha debido traer la escritura pública y el certificado de suficiencia de tal título. Pero el actor no trajo estas pruebas, y carece así de acción reivindicatoria. Además, como lo accesorio sigue a lo principal, el dueño del terreno (que es la sucesión según lo afirma el mismo demandante) lo es de la edificación; por tanto, el demandante sólo tiene acción, en caso de probar que es suyo el edificio, para que se le pague el valor del inmueble o mejoras, pero no para reivindicar. De esto se deduce la ilegitimidad sustantiva de su personería.

A primera vista aparece la sinrazón de los conceptos expuestos por el señor Juez como fundamento de la excepción que se estudia, pues es un grave error en la interpretación de la demanda estimar que se ha ejercitado una acción reivindicatoria, cuando únicamente se trata de acciones declarativas. Desde el momento en que se fundamenta la acción en el artículo 739 del C. C. y se reconoce que la sucesión demandada es dueña del terreno, queda excluída toda acción reivindicatoria que corresponde tan sólo a quien dice ser dueño contra el actual poseedor. El señor Juez admite que la acción que compete al demandante es la de pago del valor de la edificación, si en verdad la levantó a sus expensas. Y precisamente la acción incoada en este juicio es la de retención, que la norma legal le reconoce para aseguramiento del pago del valor del edificio, en el caso de haberlo construído con el consentimietno del dueño del suelo.

El señor Juez creyó que por la simple circunstancia de pedirse la terminación del secuestro y la entrega del inmueble al demandante, se estaba ejercitando una acción reivindicatoria. Pero olvidó que las acciones de restitución de simple tenencia no son reivindicatorias y que para configurar una acción de esta índole es necesario que el actor se pretenda dueño y pida la restitución de la posesión, o sea de la tenencia con ánimo de señor y dueño. El demandante en este juicio no pretende ser dueño del inmueble; por el contrario, reconoce el dominio ajeno o de la sucesión. Lo que pide es que se le entregue el inmueble para los efectos de ejercitar su derecho de retención mientras se le paga el valor del edificio.

En estas circunstancias, es improcedente exigir la prueba del dominio del demandante sobre el inmueble o edificación. Basta tener en cuenta que aquí no se trata de acción de dominio y que, además, el demandante no sólo no está desconociendo a la sucesión como dueña, sino que la reconoce categóricamente en tal calidad.

Procede, pues, la revocación del fallo de primera instancia y el estudio de las diversas peticiones de la demanda.

Peticiones primera y segunda.—Se solicita la declaración de que el señor Oliverio Rodríguez construyó a sus expensas, para su exclusivo patrimonio y con dineros de su propiedad la casa objeto de la litis, y que si la sucesión pretende recobrar el inmueble debe pagar al demandante el valor del edificio construído por éste.

De los varios demandados, los señores Isidoro Rodríguez, cónyuge sobreviviente, y Luis y Rosendo Rodríguez S., por medio de apoderado, aceptaron todos y cada uno de los hechos de la demanda

y manifestaron que no se oponen a que se hagan las declaraciones impetradas. Los otros demandados en cambio negaron los hechos del libelo, salvo el de pertenecerle el bien a la sucesión y haber sido inventariado dentro de ésta, y pidieron que se negaran las pretensiones del demandante.

En consecuencia, respecto a los demandados Isidoro, Luis y Rosendo Rodríguez, existe confesión expresa que constituye plena prueba (artículo 604 C. J.) de que el demandante construyó a sus expensas la edificación en litigio, tal como se afirma en los hechos primero y segundo, aceptados por ellos, y en vista de que es pertinente la prueba de confesión para demostrarlos. Pero como es obvio, tal confesión no perjudica a los otros demandados sino únicamente a quienes la hicieron.

Es necesario examinar las pruebas allegadas al juicio por ambas partes sobre estos mismos puntos.

En inspección ocular practicada en la primera instancia (C. 2 fol. 3) se identificó el inmueble objeto de la demanda, y se comprobó que es el mismo secuestrado e inventariado en el sucesorio de Vicenta Suárez de Rodríguez. Cuando la citada inspección ocular se llevó a cabo, el edificio lo ocupaba el señor José María Benavides Guerrero a virtud de arrendamiento que le hizo el secuestre; y según los peritos que actuaron en aquella diligencia, el valor de dicho bien es el de $ 12.000.

Se recibieron, a solicitud de la parte demandante y en la primera instancia, varias declaraciones, a saber:

1) *Joaquín Vega* dice que conoce el lote de terreno cuyos linderos se expresan; que él construyó una casa de ladrillo, cemento y baldosín, en el año de 1943, en ese lote, y que los pagos se los hacía el señor Oiverio Rodríguez; que el contrato lo celebraron éste, Isidoro Rodríguez y el declarante, pero que don Isidoro nunca le dio dinero; que entiende que Oliverio obraba como representante de su padre, quien vivía en el campo, porque en alguna ocasión le dijo que tenía que arreglar con don Isidoro el valor de los acarreos de los materiales que le estaba debiendo; que no le consta que la edificación se hubiera levantado con dineros propios de Oliverio Rodríguez; que él y el señor Santos Méndez fueron los maestros constructores de esa casa, y que los dineros se los suministraba Oliverio Rodríguez, por lo cual le expidió a éste los recibos que se le pusieron de presente y reconoció, relacionados en la declaración; que igualmente fue Oliverio Rodríguez quien suministró todos los materiales; (C. 2, fols. 4 a 6).

2) *Rosa Rodríguez* dice que conoce el lote, pero no por sus linderos; que en una ocasión, sin recordar año y fecha, Oliverio Rodríguez fue a su casa para que le prestara 500 ladrillos que necesitaba para una obra que tenía en construcción, que se los prestó y éste los devolvió; que no le consta que la casa la hubiera construído con dineros de Oliverio Rodríguez; que la señora Vicenta de Rodríguez cuando se construía la casa estaba viva; (C. 2, fol. 6);

3) *Guillermo Moreno* dice que es albañil, que conoció el lote de terreno por los linderos que se detallan, que le consta que Oliverio Rodríguez edificó en ese lote en el año de 1943 una casa de diez piezas, instalaciones, etc., "con dineros de la exclusiva propiedad del señor Oliverio Rodríguez, lo cual me consta porque el señor Oliverio Rodríguez fue quien me buscó y me contrató para la pintura de toda la edificación, también después para arreglarle algunas goteras y fue el señor Oliverio Rodríguez quien me pagó el valor del contrato y los arreglos mencionados con sus propios dineros"; reconoce los recibos que se le presentan de esos pagos, y agrega que la construcción se hizo en vida de la señora Vicenta Suárez de Rodríguez, madre de Oliverio Rodríguez. Por último, repreguntado dice que no le consta si esos dineros que recibió de Oliverio fueran o no de su propiedad (C. 2, fols. 7 y 8).

4) *Calixto Guzmán* dice que conoce el lote por los linderos que se señalan, que le consta por haberlo presenciado que sobre ese lote fue edificada en 1943 con materiales de ladrillo, baldosín, etc., una casa de habitación de diez piezas, etc., en cuya construcción intervenían el señor Isidoro Rodríguez y su hijo Oliverio Rodríguez, "pero —explica— quien hacía las compras de cemento era este último, quien lo pagaba y don Isidoro sólo intervenía para manifestar algunas veces sobre la forma de la construcción"; y añade que por haber sido entonces empleado de Almacenes Unidos en esa ciudad, le vendió personalmente a Oliverio Rodríguez la teja metálica para el edificio, la cual pagó Oliverio con sus dineros conforme al recibo que reconoce; contrainterrogado manifiesta que no sabe quién contrató la construcción ni conoce la procedencia del dinero (C. 2, fs. 8 y 9).

5) *Alfonso Reyes* dice que conoce el lote por sus linderos, y agrega que le consta que en 1943 Oliverio Rodríguez construyó allí una casa de habitación cuyas características dá, y que él le vendió alguna cantidad de materiales para esa construcción pero que no sabe cuál fuera la procedencia del dinero con que le pagó (C. 2, fol. 9 vto.).

6) *Santos Méndez* dice que conoce el lote por sus

linderos y que es verdad que en el año de 1943 construyó junto con el maestro Joaquín Vega la casa que allí se levantó, siendo este maestro quien le pagaba los trabajos al personal; que después contrató con Oliverio Rodríguez la construcción de algunas piezas interiores, entre ellas la cocina y la pieza de sirvientas, y que éste le pagó el valor del trabajo sin que le conste la procedencia del dinero. Expresa, además, que en la construcción de la casa en general fue Oliverio quien suministró los materiales, pero no sabe si en su compra invirtió dineros suyos exclusivos o no, ni sabe quiénes hicieron el contrato; y afirma, finalmente, que la señora Suárez de Rodríguez vivía cuando se levantó la construcción (C. 2, fls. 10 y 11).

7) *Doroteo Lucena* dice que conoce el lote por los linderos que se dan, que le consta que en ese lote y durante el año de 1943 construyó Oliverio Rodríguez una casa de habitación cuyos detalles expone, y que fue el ejecutor de la obra de carpintería que allí se empleó; que Oliverio fue quien le pagó, pero ignora los orígenes del dinero. En cuanto al contrato de las obras de madera con él, manifiesta que Isidoro Rodríguez no tuvo intervención ninguna, y que *eso* fue en vida de la señora Suárez de Rodríguez (C. 2, fls. 11 y 12).

8) *Leonardo Chica Torres* dice que no conoce el lote, que en 1943 Oliverio Rodríguez contrató con él la compra de un baldosín, el cual le vendió con destino a la casa de habitación que estaba construyendo Oliverio en esa ciudad y que ese baldosín se lo pagó Oliverio; ignora sí el origen del dinero y no sabe si adelantaba construcción por cuenta propia o de otra persona (C. 2, fl. 13).

9) *José María Rengifo* dice que conoce la ciudad pero no su nomenclatura actual y que por eso no puede asegurar que distinga el lote, pero que le consta que en alguna ocasión, sin recordar el año, le vendió a Oliverio Rodríguez unas tejas de zinc, usadas, con destino a una casa que éste tenía en construcción en ese Municipio, y que las pagó con dinero de su bolsillo, en dos contados. No le consta al declarante que la casa la construyera Rodríguez con dineros suyos o ajenos (C. 2, fls. 14 y 15).

Por su parte, los demandados oponentes hicieron absolver posiciones al demandante, y en éstas manifiesta Oliverio Rodríguez que su apoderado en el sucesorio de su madre fue el doctor Hernando Bocanegra, quien obró como apoderado de todos los herederos; que aceptó la partición hecha en la sucesión pero aclarando que fue provisional porque se quería por todos llegar a un acuerdo, que no se pudo obtener; que aceptó la adjudicación de la casa a su hermana Rita, por los mismos motivos; que no es cierto que la casa hubiera sido construída por la sociedad conyugal Rodríguez-Suárez; que la casa estaba edificada cuando murió la señora de Rodríguez (C. 3, fl. 3). Trajeron también estos demandados, la declaración de *Félix Tiberio Guzmán*, quien dice que fue perito en el sucesorio y que en tal carácter visitó el inmueble; que en la diligencia de inspección de bienes con el otro perito, estuvieron presentes la mayor parte de los interesados en el juicio, especialmente don Isidoro Rodríguez, cónyuge sobreviviente; que no recuerda qué palabras hubiera pronunciado éste, pero que si el inmueble aparece inventariado fue porque, después de alguna discusión que sobre el particular se presentó, aceptaron los interesados dejarlo como bien relicto de la sucesión (C. 3, fol. 6).

El señor Paulo E. Rodríguez Mejía declaró también a solicitud de los demandados, y dice conocer el lote por sus linderos. Manifiesta que cuando se practicaba la inspección de bienes, en la cual él era perito, asistieron Isidoro Rodríguez, Oliverio Rodríguez y otros herederos; que les fue denunciado el bien como de propiedad de la sucesión, y que don Isidoro le había contado que él había suministrado el dinero pero que deseaba que en la partición se le adjudicara a Oliverio, quien había dirigido los trabajos de construcción de esa casa (C. 3, fol. 11).

Existe igualmente copia auténtica de la diligencia de partición, pero sólo parcial, pues apenas aparece la hijuela de Rita Rodríguez Suárez, en la cual se le adjudica la casa en disputa por la suma de $ 7.000.00. Esta partición la suscribe el doctor Hernando Bocanegra como apoderado de todos los herederos, y consta que en tiempo fue objetada por el apoderado de Vicenta R. de Serrano y María Emma Rodríguez. No se sabe si el incidente fue fallado o no, ni cómo lo pudo ser en caso afirmativo; por tanto se ignora si tal trabajo fue aprobado en legal forma (C. 3, fols. 7 a 10). El Juez del sucesorio certifica que Oliverio Rodríguez y los demandados Isidoro Rodríguez, Luis y Rosendo Rodríguez aceptaron la partición como fue presentada por el doctor Hernando Bocanegra "pues no formularon contra ella objeción alguna". (C. 3, fol. 10 vta.). Certificación que tiene valor únicamente en cuanto al hecho de no haberse formulado objeciones por los mencionados señores, porque la conclusión a que llega el señor Juez de que por tal motivo aceptaron el trabajo, no es un hecho sino una simple opinión respecto a la cual no es procedente ni admisible el certificado.

El demandante acompañó a la demanda copia auténtica del memorial de apertura del juicio de sucesión y de estas otras piezas: del auto declarando abierta y radicada en el Juzgado tal sucesión, del reconocimiento de herederos, y de la diligencia de inventarios y avalúos. En ésta consta que la casa en disputa fue inventariada y avaluada en $ 7.000.00. También agregó copia de la diligencia de secuestro de "los bienes pertenecientes a la sucesión intestada e ilíquida de la causante Vicenta Suárez Rodríguez"; allí aparece que varios de los locales de la casa objeto del presente pleito los había arrendado Isidoro Rodríguez por $ 100.00 mensuales a las Rentas Departamentales; los cuatro restantes Oliverio Rodríguez los había dado en alquiler a varios comerciantes. El Juez ordenó a todos los inquilinos continuar entendiéndose con el secuestre.

En la segunda instancia no hubo término probatorio.

Examinadas en su totalidad las pruebas que obran en el juicio, se pasa a su estudio y calificación.

Del dicho de los nueve testigos citados por la parte demandante, repreguntados todos por el apoderado de los demandados, aparece que evidentemente Oliverio Rodríguez fue quien dirigió la construcción, compró los materiales y pagó los trabajos. Es natural que a los testigos nó les conste el origen del dinero, pues no tenían por qué entrar en averiguaciones acerca de su procedencia. En todo caso, aparece plenamente demostrado que fue Oliverio Rodríguez quien pagó el costo de la edificación.

El señor Joaquín Vega dice que el contrato con él se celebró por Isidoro y Oliverio Rodríguez y que éste en alguna ocasión le expuso que "tenía que arreglar con don Isidoro el valor de los acarreos de los materiales que le estaba debiendo"; y el señor Félix Tiberio Guzmán manifiesta que en el acto de la inspección de bienes en el sucesorio con Isidoro le dijo que él había suministrado el dinero para la edificación, pero ninguna de estas declaraciones constituye prueba de que Oliverio Rodríguez hubiera sido un mandatario o representante de Isidoro su padre y de que el dinero que pagó de su bolsillo para la construcción lo hubiera suministrado éste. Como tal vínculo de mandato o representación no puede presumirse, los demandados que lo alegan han debido probarlo plenamente. No cabe siquiera deducirlo de esas dos declaraciones, porque la intervención de Isidoro Rodríguez en ese contrato con Vega no se conoce en su alcance y sentido; de manera que por la sola circunstancia de haber intervenido no se puede inferir que la construcción se levantara a sus expensas, pues bien puede significar, como lo alega el demandante, la simple aquiescencia a que su hijo Oliverio levantara en ese lote la mentada edificación. Tampoco la declaración del perito del sucesorio, señor Guzmán, puede aceptarse como prueba, por tratarse de dicho único que está contra lo expuesto por el propio Isidoro Rodríguez al aceptar los hechos primero y segundo de la demanda.

Por presunción judicial de lógica indudable se debe entender que quien contrata una edificación, la dirige, compra materiales, celebra contratos para la obra de madera y paga todos los gastos, lo hace en su propio nombre. Por consiguiente, a quienes aleguen lo contrario les corresponde llevar la plena prueba de que ese dinero era suministrado por otra persona con ánimo de dueño de la edificación, y que la primera solamente era un mandatario, representante o intermediario de ésta. Inclusive, el hecho de que una persona suministre dinero a otra para la realización de una obra, no prueba por sí solo que ésta actúe en nombre de aquélla, pues podría significar más bien una operación de préstamo o constituir una donación.

La accesión

Ahora bien: La accesión es un modo originario de adquisición del dominio, lo mismo que la ocupación. Es decir, el dominio de la cosa lo adquiere el dueño del terreno por el hecho mismo de la accesión, sin que tenga por qué operarse la transferencia de tal dominio de la cabeza de una persona distinta a la suya. El artículo 713 define la accesión así: "Es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella". Por tanto es la accesión *per se* lo que produce a favor del dueño de la cosa principal la adquisición del dominio de lo que se junta o accede a ella.

De consiguiente, por el hecho de la accesión el dueño del terreno pasa a serlo de la edificación que en él se levante, con su consentimiento. No necesita adquirir por compra o transferencia del constructor ese dominio, porque ya lo tiene mediante el modo de la accesión, y nadie puede adquirir lo que ya es suyo.

Quiere esto decir que el artículo 739 en su inciso 2º le dá al constructor el derecho a conservar la posesión del edificio y la tenencia del terreno donde fue construído, mientras el dueño de éste no le

pague el valor de aquél. Así, cuando el dueño del terreno paga el valor de la obra no adquiere el dominio sobre el edificio, pues él le corresponde en virtud de la accesión; con el pago simplemente recobra la tenencia del terreno y adquiere la posesión del edificio. La razón es muy clara. El hecho de que la construcción se haya levantado con el consentimiento del dueño del suelo implica que el constructor reconoce ese dominio; por ello no puede ser poseedor del terreno. En tanto, sobre el edificio levantado a sus expensas y en razón de tal consentimiento el constructor sí tiene verdadera posesión.

A este respecto dice Claro Solar: "En el caso... en que alguien edifica en suelo ajeno con materiales que no pertenecen al dueño del suelo, adquiere también éste por accesión el dominio de los materiales incorporados en el edificio". Y agrega: "Aplica la ley el mismo principio que determina la acción: el edificio y el terreno forman un solo todo, en que el terreno es lo principal y el edificio lo accesorio, desde que no puede subsistir sin el terreno en que ha sido construído, y por lo tanto, *vi ac potestate rei suae*, el propietario del terreno adquiere el dominio de los materiales ajenos con que ha sido levantado el edificio". (Derecho Civil Chileno, edición 1932, pág. 232, Tomo Séptimo).

El mismo autor advierte que el constructor, de buena o mala fe, no tiene sino el derecho a que se le indemnice "porque el edificio en que sus materiales han sido incorporados cede al suelo y lo adquiere el dueño de éste en el todo y en cada una de sus partes". (Idem. págs. 232 y 239).

Falta de prueba del consentimiento de la mujer

La falta de la prueba del consentimiento personal de la mujer a la construcción del edificio, no tendría importancia alguna si el bien estuviera sujeto al régimen anterior del C. C., debido a que, como lo dice el artículo 1805 del citado Código, en los matrimonios celebrados bajo el imperio del antiguo régimen patrimonial, el marido era el jefe de la sociedad conyugal, y como tal, administraba libremente los bienes sociales y los de su mujer. Por otra parte, dentro de aquel sistema, al marido le era permitido arrendar los predios rústicos de su mujer hasta por ocho años, conforme al artículo 1813 del mismo Código, y los contratos que celebraba en su condición de jefe de la sociedad conyugal podían obligar a la mujer en sus bienes propios, cuando los acreedores probaban que tales contratos habían producido personal utilidad a la mujer. Estas normas se aplican todavía en virtud de la ley 68 de 1946 a las sociedades conyugales anteriores a la ley 28 de 1932, en cuanto a los bienes adquiridos también antes de esta ley, mientras no hayan sido liquidadas provisionalmente.

Aplicando entonces estas nociones al caso presente, se tiene que si el terreno donde la edificación fue levantada pertenecía a la sociedad conyugal, por compra anterior a la ley 28 de 1932, el consentimiento del marido producía los efectos del inciso 2º del artículo 739 del C. Civil sin la menor duda. Sobre este supuesto, con mayor razón aparece la facultad del marido para autorizar la construcción que un tercero quisiera hacer en ese inmueble, ya que al proceder así no estaría enajenando ni hipotecando el suelo, es decir, contrariando las prohibiciones establecidas por el artículo 1810 del mismo Código.

En realidad no hay diferencia entre el caso en que el marido autorice la construcción como mejora a cargo de la mujer, dentro de un contrato de arrendamiento, y el caso en que sin tal contrato dé esa misma autorización, bien sea que asuma expresamente la obligación de pagar su valor o que éste sea consecuencia tácita pero clara de la aplicación de la norma legal pertinente.

Por otra parte, cuando el consentimiento del dueño del inmueble se dá en forma expresa al constructor, existe un verdadero contrato entre ellos. Y entonces, aplicando el artículo 1806 se tiene que, por tratarse de contrato que necesariamente redunda en beneficio de la mujer, como que se hace dueña por accesión del edificio, el constructor puede perseguir el pago de su crédito sobre los bienes de la mujer o de su sucesión, a la postre.

Pero sucede que en autos no existe siquiera la prueba de la fecha de adquisición del lote. Tampoco existe la prueba de la celebración del matrimonio o de su fecha. Lo único que se sabe, en virtud de la demanda y su contestación, es que el terreno pertenece a la sucesión, o sea, que era bien propio de la causante Vicenta Suárez de Rodríguez.

En estas condiciones, el inmueble referido no es de aquellos que conforme a la Ley 68 de 1946 continuaron sujetos al régimen anterior del Código Civil como bienes sociales. En consecuencia, el marido no tenía facultad legal para obligar a su mujer mediante el consentimiento que otorgó al constructor, demandante en este juicio.

Para gozar de los derechos que el inciso segundo del artículo 739 del C. Civil concede al constructor, falta, pues, el requisito *sine qua non* de que se hu-

biera construído el edificio a ciencia y paciencia del dueño del terreno.

Se probó que el demandante fue quien construyó a sus expensas el edificio. Luego, hubiera sido el caso de aplicar el inciso primero del mismo artículo 739, al no haberse limitado la acción al inciso 2º de él. Dicho inciso primero dá derecho al constructor a que se le paguen las indemnizaciones prescritas para el poseedor de buena o de mala fe en el título de la Reivindicación, si el dueño del terreno quiere hacer suyo el edificio, en vez de exigir a aquél que le pague el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder.

Puede entenderse la petición segunda de la demanda, en el sentido de que se persigue el pago del valor del edificio mediante la garantía del derecho de retención que consagra el inciso 2º del artículo 739 del C. C. Esta interpretación es lógica, porque allí se solicita la declaración de que la sucesión no puede recobrar el lote "mientras no pague a mi poderdante señor Oliverio Rodríguez el valor del edificio". Luego dicha retención es apenas el medio de garantizar el pago del valor de la construcción y no puede considerarse independientemente del derecho a que ese pago se verifique. El derecho de retención, como el de prenda, es accesorio de la obligación que garantiza y no tiene existencia sin ella. El pago es el fin y la retención es el medio.

Como la petición primera no puede estudiarse aisladamente sino relacionándola con el resto de la demanda, es forzoso concluir que la acción incoada se circunscribe a la pretensión de haberse construído a ciencia y paciencia o con el conocimiento del dueño del terreno, tal como se afirma en el hecho primero y se deduce de la petición segunda. Por consiguiente, no puede accederse a ninguna de las declaraciones impetraads, en vista de la ausencia de prueba de que la edificación se hubiera levantado con el conocimiento o la aquiescencia de la cónyuge fallecida. La demanda, debe, pues, desestimarse en su totalidad.

El demandante, sin embargo, queda con derecho a reclamar en nuevo juicio el pago de la indemnización que le corresponde por haber construído sin el conocimiento del dueño del terreno, al tenor del inciso primero del artículo 739 del C. C., ya que este punto no ha sido objeto de la presente litis. Naturalmente en tal juicio se debatirá la cuestión de la buena o mala fe del constructor, para el efecto de determinar las prestaciones que le correspondan de acuerdo con las normas contenidas en el capítulo 4º del Título 12 del Libro 2º del Código Civil.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala A. de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué proferida con fecha ocho (8) de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), en el juicio de Oliverio Rodríguez contra Isidoro Rodríguez y otros, revoca la del señor Juez Civil del Circuito del Espinal recaída en el mismo juicio, y en su lugar FALLA:

Primero.—Niéganse las excepciones opuestas por la parte demandada.

Segundo.—No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda.

Tercero.—Cancélese el registro de la demanda.

Cuarto.—Sin costas en las instancias.

No hay costas en casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. — Emilio Prieto, Of. Mayor en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA. — APRECIACION DE LA INSPECCION OCULAR PRACTICADA CON ASISTENCIA DE PERITOS

1.—Durante el término probatorio del juicio, el actor pidió y así se decretó con conocimiento del recurrente, que se trajesen a los autos sendas copias de las escrituras públicas a que el cargo se refiere y que se pidiese al respectivo registrador certificados o copias de las correspondientes diligencias de registro de esos títulos, y tanto las unas como los otros se allegaron al expediente. La circunstancia de que tales escrituras no hubieran venido por conducto del Registrador para que este funcionario pusiera al pie de ellas las constancias de su registro, como lo manda el artículo 636 del C. J., es una informalidad que no vicia la prueba, ante el hecho evidenciado, aunque comprobado por certificación separada, de que están debidamente registradas. Existiría error de derecho en la apreciación de la prueba si tales escrituras carecieran del correspondiente registro y, sin embargo, se les hubiera conferido pleno valor probatorio; pero no en las circunstancias anotadas que son las que aquí se contemplan.

2.—La inspección ocular practicada con asistencia de peritos, es una prueba mixta, en cuya valoración precisa tener en cuenta diferentes reglas, según se trate de apreciar el reconocimiento de los hechos por el Juez o el dictamen de los peritos. El mérito de aquélla se estima conforme a las reglas del Capítulo IX, del Libro 2º, Título 17 del Código Judicial, y el de éste, de acuerdo con las normas del Capítulo VIII ibidem.

Así lo dispone expresamente el artículo 730 del mismo Código.

3.—Las hijuelas de adjudicación en juicios sucesorios, en general, no constituyen por sí solas suficiente título de dominio que dé derecho para reivindicar el inmueble adjudicado, sino cuando se pruebe que en el causante de la sucesión radicaba tal derecho.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Alberto Otálora Z. presentó ante el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá juicio ordinario contra Teodomiro Muñoz para que se declare que el demandante es propietario de varios lotes de terreno que hicieron parte de la hacienda "El Rètiro", que está ubicada en el Municipio de Pasca y que se determina por los linderos que expresa la escritura número 708 de 29 de mayo de 1947, y especialmente de un globo de terreno situado en la vereda o punto de "Lázaro Fonte" y dentro de la mencionada hacienda, alinderado como se expresa en la súplica primera de la demanda; que por virtud de la venta que de los restos de la citada hacienda y del expresado lote hizo Germán Cubillos al demandante, por medio de aquella escritura, terminó el contrato de arrendamiento que Cubillos tenía celebrado sobre el mismo bien con Muñoz, quien como consecuencia debe rsetituírlo al actor.

Subsidiariamente se pidió que se declare que el actor es dueño del expresado inmueble y que el demandado, por estar en posesión de él sin título que lo autorice para ello debe ser condenado a restituírselo junto con sus frutos.

El demandado negó los hechos en que se fundamenta la demanda, aceptó su condición de poseedor y se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas.

El Juez del conocimiento desató la litis negando tanto las peticiones principales como subsidiarias de la demanda y el Tribunal Superior de Bogotá, que conoció del recurso de apelación que contra ese fallo se concedió al demandante, lo revocó en el de siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, por medio del cual accedió a las súplicas subsidiarias y negó las demás, sin costas.

El sentenciador estimó que no podía prosperar y que debía ser negada la acción principal fundada en el contrato de arrendamiento, por cuanto no encontró que sobre la existencia de éste se hubiera dado prueba alguna; en cambio, consideró plenamente demostrados los requisitos de la acción reivindicatoria que se propuso como subsidiaria y la despachó favorablemente.

El derecho de dominio lo dio por establecido con la escritura pública número 708 ya citada, por medio de la cual Germán Cubillos le vendió al actor el inmueble cuestionado; con las hijuelas de 9 y 19 de mayo de 1913 en que al vendedor Cubillos se le adjudicó en los juicios sucesorios de su padre Germán Cubillos y su tío Juan Cubillos F., la hacienda "El Retiro"; y con las escrituras números 189 de 1890, 215 de 1890, 310 de 1892 y 549 de 1893 (fs. 20 a 23, c. número 5), por medio de las cuales los causantes del vendedor adquirieron de Luis Rubio Sáiz y otros la mencionada hacienda. La posesión del demandado la tuvo por demostrada con su propia confesión al respecto, y de la prueba testifical aportada al debate, admitió que ella data del año de 1933; pero que como los títulos allegados por el actor acreditan una tradición de dominio muy anterior a dicha posesión, aquéllos debían prevalecer sobre ésta. Finalmente al considerar el acta de inspección ocular practicada por el Juez del conocimiento el 5 de diciembre de 1947, dijo:

"En lo tocante con el hecho de que las parcelas reivindicadas se hallan comprendidas dentro de los linderos generales de la hacienda de "El Retiro", es evidente que también está plenamente acreditado con la observación personal y directa que hizo el Juez *a quo* en la inspección ocular citada, en la que, después de identificar la finca de "El Retiro", identificó la finca que ocupa el demandado Muñoz y luégo, por percepción personal del Juez, y como él dice "se constató de manera cierta que la finca últimamente alinderada está contenida o ubicada dentro de la hacienda general 'El Retiro' ".

"En resumen, se concluye que el actor ha acreditado la existencia de los factores que configuran la acción reivindicatoria".

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que en su oportunidad ha sustentado invocando contra el fallo las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

Con apoyo en la última afirma, en resumen, que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y que quebrantó los artículos 466 y 471 del C. J., porque si bien en su parte motiva "analizó todos los extremos de la litis, en la parte resolutiva hizo caso omiso de las peticiones principales, desde luego que nada resolvió acerca de ellas, limitándose a fallar sobre las peticiones subsidiarias".

Se considera:

El cargo carece de todo fundamento.

El Tribunal, como lo admite el recurrente, estudió en la motivación de su sentencia tanto la acción principal como la subsidiaria, y al final del ordinal 3º dijo: "Niéganse las demás peticiones de las demandas".

Luego es evidente que sí hubo decisión sobre la acción principal y que el fallo guarda perfecta consonancia con las pretensiones que oportunamente se dedujeron.

No prospera el cargo.

Invocando la causal 1ª dice el recurrente que la sentencia violó los artículos 946 del Código Civil y 730 del Código Judicial, por indebida aplicación, a consecuencia de "Error de Derecho", resultante:

a) De haber tenido como prueba del dominio del actor las escrituras números 189 y 215 de 12 y 24 de mayo de 1890, 310 de 27 de mayo de 1892 y 541 de 7 de julio de 1893, de la Notaría 1ª de Bogotá, que no fueron traídas al expediente por conducto del respectivo Registrador, como lo manda el artículo 636 del C. J., y que obran en autos sin la nota de registro.

b) De haber afirmado la identificación de la hacienda "El Retiro" y del lote que se reivindica, teniendo como base la inspección ocular de primera instancia (c. número 2, fl. 13) y sin que dicha hacienda se hubiera alinderado en la demanda.

Al respecto expresa que el Juez incumplió los artículos 705 del C. J. relativo al nombramiento de peritos, no obstante haber desacuerdo entre los principales; el 716, porque el dictamen no se rindió en la forma que él establece; el 719, porque se puso en conocimiento de las partes un dictamen incompleto o que no se llevó a cabo; el 727, porque el Juez no tuvo base para la inspección, desde luego que en la demanda no se alinderó la hacienda "El Retiro" y en el acta tampoco consta la alinderación de los bienes vistos por el Juez, aparte de que los linderos que en ella se anotaron son diferentes de los de la escritura 708; que como además se trataba de una cuestión técnica, que debía ser dilucidada por peritos y éstos no estuvieron de acuerdo, quiere ello decir que el Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar como prueba dicha inspección, practicada sin sujeción a las normas procesales.

c) El Tribunal quebrantó el artículo 765 del Código Civil, "por interpretación errónea, resultante del error de derecho" en que incurrió al estimar como título suficiente para la acción de dominio las hijuelas formadas en favor del tradente del demandante en las sucesiones de Germán y Juan Cubillos, relativas a la hacienda "El Retiro", siendo

así que los actos de partición son ineficaces para esa acción, debido a que ellos no confieren más derechos que los que hubiera tenido el de cujus;

d) La sentencia quebrantó por interpretación errónea el artículo 762 del Código Civil, porque estando acreditado que el demandado es poseedor del terreno desde 1933, el Tribunal afirma que la presunción establecida en dicho artículo opera en favor del demandante y no del demandado;

e) El fallo viola directamente los artículos 1757 del Código Civil y 593 del Código Judicial, al no haberlos aplicado, como ha debido hacerlo, para echar la carga de la prueba al demandante, ya que la posesión del demandado es anterior en mucho al título del actor, o sea la escritura número 708 citada;

f) La sentencia violó directamente el artículo 222 del C. Judicial, desde luego que en la demanda no se anotaron los linderos de la hacienda "El Retiro", como lo manda esa disposición.

Se consideran los cargos que quedan resumidos en el orden que han sido propuestos:

a) Durante el término probatorio del juicio el actor pidió y así se decretó con conocimiento del recurrente, que se trajesen a los autos sendas copias de las escrituras públicas a que el cargo se refiere y que se pidiese al respectivo registrador certificados o copias de las correspondientes diligencias de registro de esos títulos, y tanto las unas como las otras se allegaron al expediente. Las circunstancias de que tales escrituras no hubieran venido por conducto del Registrador para que este funcionario pusiera al pie de ellas las constancias de su registro, como lo manda el artículo 636 del C. J., es una mera informalidad que no vicia la prueba, ante el hecho evidenciado, aunque por certificación separada, de que están debidamente registradas. Existiría error de derecho en la apreciación de la prueba si tales escrituras carecieran del correspondiente registro y sin embargo, se les hubiera conferido pleno valor probatorio; pero no en las circunstancias anotadas que son las que aquí se contemplan;

b) La inspección ocular practicada con asistencia de peritos, es una prueba mixta, en cuya valoración precisa tener en cuenta diferentes reglas, según se trate de apreciar el reconocimiento de los hechos por el Juez o el dictamen de los peritos. El mérito de aquélla se estima conforme a las reglas del Capítulo IX, del Libro 2º, Título 17 del Código Judicial y el de éste, de acuerdo con las normas del Capítulo VIII ibidem.

Así lo dispone expresamente el artículo 730 del mismo Código, al decir que "el acta de inspección hace plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez. En cuanto a los puntos materia del dictamen pericial, la fuerza probatoria de éste se aprecia conforme a las reglas dadas en el capítulo sobre peritos". Y en ese mismo sentido se ha pronunciado uniformemente la jurisprudencia de la Corte. (Casación, 11 de junio de 1937, XLV, págs. 231 y 26 de marzo de 1946, LX, pág. 153).

En el caso de autos el Tribunal no tuvo en cuenta para nada el dictamen pericial, por lo cual las faltas o informalidades de que éste adolezca ninguna incidencia tienen sobre su apreciación probatoria, pues para formarla se atuvo exclusivamente a la inspección del Juez, que versó sobre hechos propios del conocimiento general, como que únicamente buscaba la localización sobre el terreno de los linderos de los predios, que carecían de toda complicación y que por ello no se requería para constatarlos la intervención de peritos. Y en la inspección ocular que se practicó precisamente con intervención del propio demandado, quien firmó el acta correspondiente sin hacer observación o reparo alguno, se afirma por el Juez, entre otros particulares, que después de identificar por sus linderos la finca que ocupa el demandado Temístocles Muñoz "se constató de manera cierta que la finca últimamente alinderada, está contenida o ubicada dentro de la hacienda general 'El Retiro', y que ésa es "cuestión que el Juzgado aclaró plenamente en el sentido de tener a la finca materia de la reivindicación como parte integrante de la hacienda 'El Retiro', y a bastante distancia de sus linderos, pero dentro de ellos".

Ante estos reconocimientos y declaraciones consignados en el acta de inspección por el Juez, sin contradicción alguna del demandado, quien también la suscribe, obró el Tribunal con indiscutible acierto al otorgarle a la diligencia en que están contenidos el pleno valor probatorio que le confiere el artículo 730 del Código Judicial.

No se ha producido, por tanto, el error de derecho que se alega ni el consecuencial quebranto de las disposiciones que se citan.

c) Las hijuelas de adjudicación en juicios sucesorios no constituyen por sí solas suficiente título de dominio que dé derecho para reivindicar el inmueble adjudicado, sino cuando se pruebe que en el causante de la sucesión radicaba tal derecho.

Y como en la ocurrencia de autos se apreciaron como pruebas del dominio las hijuelas a que alude el recurrente y los títulos citados en el cargo a), por medio de los cuales los causantes del vendedor

adquirieron la propiedad de la hacienda "El Retiro", quiere ello decir que el Tribunal no ha incurrido en el error de derecho que le imputa el recurrente ni en la violación del artículo 765 del Código Civil;

d) Habla el recurrente de que el Tribunal interpretó erróneamente el artículo 762 del Código Civil, pero no expresa, como era su deber, en qué consistió esa interpretación ni cita el pasaje del fallo en que estuviere contenida. Y como en parte alguna la sentencia ha sostenido que la presunción en esa norma consagrada opere en favor del demandante y no del demandado poseedor, es obvio que el cargo se formula en el vacío y no puede prosperar por infundado;

e) El Tribunal se ha ajustado en un todo a las reglas procesales de los artículos 1757 del C. C. y 593 del C. J., pues fue ante las pruebas presentadas por el actor como sostuvo que el derecho de dominio por éste invocado era anterior en muchos años a la posesión del reo, pues admitió, y es lo cierto, que aquél se remonta al año de 1890 y que ésta apenas data de 1933. Por lo tanto, tales títulos debían prevalecer sobre el hecho de la posesión, por ser anteriores en muchos años. Lejos de incurrir en error al sostenerlo así, el sentenciador se atemperó a las normas legales y a los principios que en materia de reivindicación ha sostenido conocida y constante jurisprudencia de la Corte;

f) El artículo 222 del C. J. es una disposición adjetiva, y sabido es que, conforme lo establece el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, sólo las disposiciones de índole sustantiva, cuando por algún concepto son quebrantadas y se formula acusación en debida forma, dan lugar a la casación del fallo.

No prospera ninguno de los cargos propuestos.

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 siete (7) de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. Emilio Prieto H., Of. mayor en ppdad.

PARA QUE EL DECRETO DE INTERDICCION DE UN DEMENTE PROFERIDO EN PAIS EXTRANJERO PUEDA PRODUCIR EFECTOS EN COLOMBIA, SE REQUIERE EL EXEQUATUR

Aunque la constitución de la guarda personal se rige por la ley del país donde se constituye, por encontrarse allí el incapaz bajo la jurisdicción de las leyes locales, ello no significa que sus efectos puedan siempre cumplirse en otro país, ni que, cuando ello es posible, tales efectos se regulen siempre por la ley de su constitución. Los efectos extraterritoriales no podrán surtirse cuando, por ejemplo, en el país extraño no se reconozca como causa de interdicción la que dió origen al decreto de incapacidad. Del mismo modo —no habiendo tal inconveniente— las funciones del guardador que actúa en país distinto del originario de constitución, habrán de sujetarse a la legislación del país en que actúa. Así, en el caso que se estudia, el guardador del demente deberá sujetarse a lo dispuesto en los artículos 483 y 484 del C. C., para ejecutar válidamente los actos que allí se mencionan, y tales formalidades serán necesarias aunque el acto o contrato se celebre en país extraño, en cuanto sus efectos deban cumplirse en Colombia (artículos 19 y 20 del C. C.). De manera que "los derechos y obligaciones mutuas entre guardador y pupilo quedan fijadas en general por la ley bajo la cual se constituye la guarda, sin perjuicio de que la administración de esos derechos se rija, en cuanto se ponga por efecto, por la ley del lugar donde se verifique la administración" (Julián Restrepo Hernández, 'Derecho Internacional Privado', T. I. n. 303, pág. 138).

El decreto de interdicción de un demente es el reconocimiento oficial y, al mismo tiempo, la prueba indiscutible de un hecho, la demencia, que determina la incapacidad del interdicto. Se sujeta, por tanto, a la ley del lugar donde reside el paciente, pero para que sus efectos extraterritoriales puedan producirse válidamente, es indispensable, como para toda sentencia extranjera, que el respectivo país otorgue el exequatur, previa revisión de la sentencia en su forma y en el motivo determinante de la interdicción. La forma, que se refiere a las solemnidades externas, se determina por la ley del país de otorgamiento. La autenticidad que dice relación al hecho de haber sido realmente dictada y autorizada por las personas y de la manera que en ella se expresa (art. 21 C. C.), se prueba según nuestra ley. En cuanto al motivo de interdicción, debe estar reconocido también por la ley colombiana, para que la sentencia pueda ejecutarse en nuestro país.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, agosto dieciocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alberto Holguín Lloreda)

El doctor Alvaro Leal Morales, como apoderado sustituto del señor Manuel Agustín Aljure, pidió en escrito de primero de agosto de 1951, que se otorgara exequatur a la decisión de 20 de febrero de 1947 del Tribunal Civil de Apelaciones del Departamento Líbano Norte de la República Libanesa, por medio de la cual, ante la demencia comprobada de Amelia Agustín Aljure de Faour, se le nombró tutor a su hermano Manuel Agustín Aljure, con facultades generales para la administración de sus bienes.

Vinieron con dicha petición los siguientes documentos:

a) El poder dado por el tutor expresado a su hermano Felipe Aljure, ante A. Samuel Rafquí, Notario principal del circuito de Trípoli, el 25 de mayo de 1950, para representar a su pupila en Colombia, como demandante y como demandada, en toda clase de juicios y ante cualesquiera tribunales, con las facultades que allí se indican, inclusive la de delegar el mandato.

b) La sustitución de dicho poder al doctor Leal Morales, para la solicitud del exequatur.

c) Copia de la citada resolución extranjera sobre nombramiento de tutor.

d) Certificación del Excelentísimo Señor Nazih

Lahoud, Ministro del Líbano en Colombia, en que consta que en la República Libanesa la ley consagra el principio de la reciprocidad legislativa para el cumplimiento de las sentencias extranjeras.

Oído el señor Procurador General de la Nación, este funcionario, en su vista número 330 de 3 de octubre, en que estudia el asunto por sus distintos aspectos, fué de opinión que debía concederse el exequatur.

La Sala Plena de Casación Civil, en providencia de 7 de junio de este año, negó el exequatur, "por no haberse comprobado en la forma que nuestra ley exige, la vigencia en la República Libanesa de la norma legal que permite la ejecución allí de sentencias dictadas en Colombia, a falta de tratado público sobre la materia", pero reconoció, en la motivación de ese proveído, no sólo que la decisión judicial extranjera a que el peticionario se refiere es una sentencia definitiva, sino que "toda sentencia en el sentido genérico explicado atrás, cualquiera que sea su naturaleza, dictada en otro país, necesita del exequatur para que pueda surtir efectos de todo orden en Colombia", con lo cual ha quedado admitido que aquella decisión es susceptible de ejecución en nuestro país, en cuanto a su aspecto formal se refiere.

El doctor Leal Morales, en memorial presentado el primero de julio último, ha insistido en su pretensión, pero acompañando ahora no sólo la prueba que la Corte echó de menos en su expresada providencia sino también otros comprobantes, a saber:

e) Copia, firmada y sellada por el Consejo de Abogados de Trípoli, con fecha 12 de junio del corriente año, de las "resoluciones legislativas" dadas por el alto Comisario de la República Francesa en Siria y Líbano, en su decreto 1113 de 19 de noviembre de 1921, "aun vigente" y expedido "en consideración a la Resolución dada a nombre del Presidente de la República Francesa del 8 de octubre de 1919 y a la del 23 de octubre de 1921; y de acuerdo a la Relación de la Secretaría General, y vista, entendida y considerada la nota o conclusión de la Presidencia del Oficio de las Cuestiones Judiciales...".

Son de ese decreto 1113 las siguientes disposiciones, con las reformas que se indican:

"Artículo 1º — Se considera como extranjera —conforme a lo ordenado en ese decreto— toda decisión judiciaria emanada de los tribunales que no fuesen sirios o libaneses y no sujetos a sus leyes.

"2º—Son ejecutorias esas Decisiones de los tribunales extranjeros tan luego obtengan el "exequatur" aprobativo del Foro sirio o Libanés, cuando se trata de fallos definitivos, firmes e irrevocables, presentados para la ejecución".

(Los artículos 3º y 4º, relativos al procedimiento, fueron sustituídos por el decreto 43 de 30 de mayo de 1931, que en lo pertinente está transcrito en la copia, pero que la Sala omite, por estimarlo innecesario).

"Artículo 5º.—Debe el demandante de acompañar a su petición una copia completa y legalizada de la Decisión cuya ejecución pide".

El artículo 6º está reformado por el Decreto 2525 de 25 de abril de 1929, en estos términos:

"Se permite, se autoriza la ejecución de toda sentencia o decisión judicial irrevocable dada por tribunales extranjeros sin la necesidad de revisión y examen del proceso, eso cuando se trata de juicios dictados por la justicia en países amigos con quienes estén establecidas y en completa armonía convenios y relaciones diplomáticas cordiales, cuyas leyes nos ofrezcan iguales condiciones y trato. En ese caso se efectúa la ejecución a condición de que las personas condenadas hayan estado al corriente del proceso y a su tiempo debidamente notificadas y de que la condena ha sido dada por tribunales competentes de acuerdo a las leyes vigentes en el país de su procedencia y que no contenga algo contrario al orden público así como no haya sido la sentencia a ejecutarse obtenida por engaños y falsedades en las formalidades del proceso en contradicción a las leyes".

f) Copia de las sentencias de 5 de diciembre de 1951 del Tribunal de Apelaciones del Líbano Norte por la cual se confirmó la de 6 de noviembre de 1950 en que el Juez de Becharre negó la anulación de la decisión que nombró a Manuel Agustín Aljure como tutor de su hermana Amelia, anulación pedida por Wadih Faour, esposo de ésta.

g) Copia de la sentencia de 23 de abril de 1952 de la Corte Suprema de Casación de la República Libanesa, que confirmó el precedente fallo del Tribunal de Apelaciones.

h) El poder ya mencionado en el aparte a) de esta providencia, y la sustitución de él al peticionario, presentada personalmente por el señor Aljure el 19 de junio último.

Los documentos extranjeros que quedan citados aparecen escritos en árabe, pero se han presentado con traducciones oficiales al castellano y con las autenticaciones que son de rigor según nuestra ley, lo cual hace presumir que se conforman con

la del lugar de su otorgamiento (artículo 1º de la ley 39 de 1933).

Admitido como está por la Corte que la sentencia cuyo exequatur se pide es, en cuanto a la forma de aquellas que pueden ejecutarse en Colombia, y habiéndose acreditado suficientemente que en el país de origen está consagrado por ley el principio de reciprocidad legislativa, lo cual resulta establecido con la copia de lo conducente de los decretos legislativos 1113, de 19 de noviembre de 1921, 2525, de 25 de abril de 1929, y 43, de 30 de mayo de 1931, citados en el aparte e) de esta providencia, resta examinar si la sentencia extranjera reúne las condiciones que enumera el artículo 557 del C. J.

El derecho que dá la ley a ciertos parientes para provocar la interdicción del demente, y el que tienen para que se les defiera la guarda son derechos personales, y, por consiguiente, las acciones para hacerlos efectivos son también personales, pues nacen de ellos (artículo 666 C. C.).

No es pues discutible que la sentencia referida, en que se nombró a Manuel Agustín Aljure, a petición suya y por causa de demencia de su hermana, guardador de ésta, dictóse a consecuencia del ejercicio de una acción personal. La autenticidad de ese fallo está demostrada de acuerdo con el artículo 1º de la ley 39 de 1933, sustitutivo del 657 del C. J., y el estar ejecutoriada se deduce rectamente de los documentos mencionados en los apartes f) y g) precedentes, pues no se habría pedido su anulación, como se pidió y fué negada, si hubiera sido susceptible de otros recursos procesales.

En cuanto a la 2ª condición del artículo 557 del C. J., no se ve en qué pueda esa sentencia afectar la jurisdicción nacional, ni ser contraria al orden público o a las buenas costumbres.

De acuerdo con el derecho internacional privado, "la necesidad, los requisitos y la forma del decreto de interdicción dependen de la ley local de donde se dicta, aún en concepto de los partidarios del estatuto nacional; porque es un juicio, un acto de autoridad, un hecho que se consuma en un país; mas para ello es indispensable que esté allí bajo la jurisdicción de los jueces de ese país, el incapaz....

"El guardador viene a completar la persona del pupilo. Administradas debidamente las guardas, son verdaderas cargas para los guardadores en beneficio de los pupilos, de los terceros y de la sociedad. De aquí que la ley que determina la incapacidad de la persona que ha de ser el pupilo, es la que rige todo lo relativo al nombramiento del guardador. Desde que el incapaz no puede ser entregado a sí mismo, la ley que reconoce o establece la incapacidad debe proveer a la guarda del incapaz, para lo cual lo primero que debe hacer es determinar quién nombra el guardador, cómo se le nombra, y a quién se le confiere el cargo. Tal ley es, en nuestra opinión la ley local de la constitución de la guarda.

"Ella, pues, determina si la guarda es testamentaria, legítima, o dativa, qué participación tienen los parientes en el nombramiento del guardador, la manera de hacer el nombramiento cuando éste se hace bajo el imperio de dicha ley y el orden en que deben ser llamados los guardadores" (Julián Restrepo Hernández —Derecho Internacional Privado —T. I. Nos. 291 y 294 pág. 136).

Pero aunque la constitución de la guarda personal se rige por la ley del país donde se constituye, por encontrarse allí el incapaz bajo la jurisdicción de las leyes locales, ello no significa que sus efectos puedan siempre cumplirse en otro país, ni que, cuando ello es posible, tales efectos se regulen siempre por la ley de su constitución. Los efectos extraterritoriales no podrán surtirse cuando, por ejemplo en el país extraño no se reconozca como causa de interdicción la que dió origen al decreto de incapacidad. Del mismo modo —no habiendo tal inconveniente— las funciones del guardador que actúa en país distinto del originario de constitución habrán de sujetarse a la legislación del país en que actúa. Así en el caso que se estudia, el guardador de la demente deberá sujetarse a lo dispuesto en los artículos 483 y 484 del C. C. para ejecutar válidamente los actos que allí se mencionan, y tales formalidades serán necesarias aunque el acto o contrato se celebre en país extraño, en cuanto sus efectos deban cumplirse en Colombia (artículos 19 y 20 del C. C.). De manera que, como lo dice el autor citado, "los derechos y obligaciones mutuas entre guardador y pupilo quedan fijadas en general por la ley bajo la cual se constituye la guarda, sin perjuicio de que la administración de esos derechos se rija, en cuanto se ponga por efecto, por la ley del lugar donde se verifique la administración" (Ob. cit. Nº 303, pág. 138).

El decreto de interdicción de un demente es el reconocimiento oficial y al mismo tiempo la prueba indiscutible de un hecho, la demencia, que determina la incapacidad del interdicto. Se sujeta, por tanto, a la ley del lugar donde reside el paciente, pero para que sus efectos extraterritoriales puedan producirse válidamente, es indispen-

sable, como para toda sentencia extranjera, que el respectivo país otorgue el exequatur, previa revisión de la sentencia en su forma y en el motivo determinante de la interdicción. La forma, que se refiere a las solemnidades externas, se determina por la ley del país de otorgamiento. La autenticidad, que dice relación al hecho de haber sido realmente dictada y autorizada por las personas y de la manera que en ella se expresa (art. 21 C. C.), se prueba según nuestra ley, como ya se ha visto. En cuanto al motivo de interdicción, debe estar reconocido también por la ley colombiana, para que la sentencia pueda ejecutarse en nuestro país.

El reconocimiento de la demencia como causa de incapacidad es universal, porque el demente lo es en todas partes. "El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad o idiotismo, de demencia o de locura furiosa, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos", establece nuestro Código Civil (art. 8º Ley 95 de 1890); y su curaduría legítima, que tiene lugar cuando falta o expira la testamentaria (art. 456 C. C.), se defiere, si se trata de mujer casada no divorciada, en primer término al marido (art. 6º Ley 28 de 1932), y en segundo a las personas que señala el artículo 550 del C. C. en sus ordinales 2º y siguientes, pero el llamamiento preferente del marido no es imprescindible, desde luego que pueden mediar circunstancias que lo incapaciten para la guarda, como el carecer de domicilio en la nación (ordinal 6º del artículo 586 del C. C.), o cualquiera otra de las indicadas en esa disposición. Tanta importancia dá nuestra ley al hecho de que el guardador resida no sólo en Colombia sino en el mismo lugar en que la guarda ha de ejercerse, que después de establecer la prohibición de nombrar a quien no tiene domicilio en el país, admite que se excusen del cargo los que tienen su domicilio a considerable distancia de ese lugar (ordinal 4º del artículo 602 del C. C.), y faculta al Juez, cuando el guardador nombrado está en el extranjero y se ignora cuándo ha de volver, para señalarle plazo dentro del cual se presente a encargarse o a excusarse, y para ampliarlo de dedeclarar inválido el nombramiento, el cual no convalece por la posterior presentación (artículo 611 C. C.).

No habría pues razón para considerar, en presencia de los citados preceptos legales, que se afecta el orden público por el hecho de que la autoridad libanesa haya confiado la guarda de la demente Amelia Aljure de Faour a su hermano Manuel Agustín, natural y vecino de ese país, con prescindencia del marido señor Wadih Tannus Faour, residente en Colombia, cuando para ello se tuvo en consideración, entre otras razones, la de la ausencia permanente en el exterior del señor Faour, es decir, el mismo motivo que nuestra ley consagra como causal de incapacidad para ser nombrado guardador.

En efecto, en la citada sentencia de 5 de diciembre de 1951 del Tribunal de Apelaciones del Líbano Norte se lee:

"Y como quedó confirmado por el informe oficial del 4 de julio de 1951 dado por el Tribunal de Bogotá que Wadih Faour ha sido condenado al pago de una pensión subsistenciaria mensual a favor de su esposa Amelia Agustín Aljure y que a pesar de su vencimiento en diez años pasados, no han sido hasta hoy cancelados ni saldados y que sólo ha exhibido Faour recibos que, a ser auténticos, revelan solamente el pago de unos pocos meses de 1935 y 1936, no pudiendo comprobar el pago de otros. Y prescindiendo del pago o no de la pensión subsistenciaria, la existencia del proceso reclamándola es prueba más que suficiente que afirma la negativa del esposo a proteger voluntariamente a la esposa ofreciéndole lo necesario para su mantenimiento, negativa ésa que motivó la acción y la condenación judicial al pago obligatorio de sus mensualidades.

"Así como también por el Juicio de Divorcio planteado y seguido por Faour quedan claramente reveladas sus malas disposiciones e intervenciones hacia la esposa (Ver Josserand Derecho Civil. Tomo I. 3ª Edición Nº 550 p. 322)".

Tratándose, pues, en el caso presente, de una sentencia ejecutoriada, que por su forma y por su fondo es susceptible de cumplirse en Colombia; que dictóse en consecuencia de una acción personal; que no afecta nuestra jurisdicción, ni por otro concepto contraría el orden público o las buenas costumbres; y que emana de legítima autoridad de un país en que pueden ejecutarse las que, con las mismas formalidades, se pronuncien en el nuestro, es el caso de acceder a lo solicitado por el doctor Leal Morales en nombre de su representado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colom-

bia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que debe cumplirse en Colombia la sentencia que con fecha veinte (20) de febrero de mil novecientos cuarenta y siete (1947) dictó el Tribunal Civil de Apelaciones del Departamento Líbano Norte de la República Libanesa, y por la cual se nombra "al señor Manuel Agustín Aljure, de Hadeth-El Jopé, tutor de su hermana alienada Amelia Agustín Aljure con facultades para la administración de sus bienes e intereses, conforme a las disposiciones de la Ley".

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y cancélese la radicación y archívese el expediente.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

CUAL ES LA DIFERENCIA EXISTENTE ENTRE EJECUTORIARSE UNA RESOLUCION Y QUE ESTA CAUSE EJECUTORIA

1. — Ejecutoriarse una resolución quiere decir que ya no puede desaparecer o alterarse a virtud de los recursos comunes de apelación, reposición, súplica, los cuales se deciden en vista de los mismos elementos probatorios que sirvieron para dictar el proveído. Significa ésto que si en tales casos el interesado insiste, presentando la prueba cuya falta originó la negativa, o completando la que era deficiente, la providencia que acceda a lo pedido no revoca ni modifica la anterior. Es una nueva resolución, que tiene una base legal distinta.

En cambio, causar ejecutoria una decisión judicial, es no poderse dictar otra sobre el mismo negocio ya definido.

2.—La ejecutoria se opera por ministerio de la ley cuando la sentencia no debe ser consultada, ni hay contra ella recurso alguno en el juicio. La declaración de ejecutoria procede solamente cuando, habiendo recursos ordinarios, se han dejado pasar los términos sin interponerlos (art. 468 del C. J.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiempre nueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alberto Holguín Lloreda)

En providencia de 18 de agosto último, esta Sala otorgó exequatur a la sentencia de 20 de febrero de 1947 del Tribunal Civil de Apelaciones del Departamento Líbano Norte de la República Libanesa.

En dos memoriales, presentados a la Secretaría el 21 y el 23 del mismo agosto, el doctor Francisco Sáenz Arbeláez, apoderado del señor Wadi Faour, interpone varios recursos contra la citada providencia de la Corte, a saber:

1º—Anulación de ella, por cuanto si el proveído de 7 de junio de este año, en que la Sala plena de casación civil negó el exequatur, es sentencia o auto interlocutorio con fuerza de tal, la Corte nó podía modificarlo o revocarlo; y porque si es interlocutorio común, no se corrió traslado de la reposición al señor Procurador, ni de tal recurso podía conocer sino la misma Sala Plena.

2º—Subsidiariamente, súplica ante los Magistrados restantes de la misma Sala Plena.

3º—Que se reconozca al señor Faour como impugnador de la "demanda o solicitud o pretensión" del exequatur.

4º—Anulación de todo lo actuado a partir del 7 de junio, y ordenar que la demanda del doctor Leal Morales reciba la tramitación legal, "o sea que primero se decida si se admite o no, segundo que se corra traslado al señor Procurador General de la Nación al tenor de la ley y finalmente que como impugnador también se me corra traslado".

5º—Subsidiariamente, "si es que la sentencia del 7 de junio **no causó ejecutoria y consecuencialmente** la del 18 de agosto en curso, que se admita como impugnador de esta última en los términos arriba expresados y que se corra el traslado legal al señor Procurador y al suscrito".

Parece que al doctor Sáenz Arbeláez le ha creado problemas de procedimiento la actuación de la Corte en este negocio, y la Sala cree poder resolverlos fácilmente con las siguientes consideraciones:

a) La citada providencia de 7 de junio, aunque aparezca con arreos de sentencia y con publicación, es un simple auto interlocutorio, pues limitóse a negar el exequatur por faltar la prueba de que trata el artículo 555 del C. J. Tal negativa significa, en buen romance: Por ahora no puede accederse a lo pedido. No cierra la vía para posteriores insistencias.

Y ese auto es simplemente interlocutorio porque, en esta clase de asuntos, como en muchos otros que contempla la ley, la negativa nada funda, ninguna situación jurídica establece, no implica declaración de estado o derecho alguno. Por éso, precisamente, esa clase de proveídos no causan ejecutoria, aunque se ejecutorien, que es cosa distinta.

Ejecutoriarse una resolución quiere decir que ya no puede desaparecer o alterarse a virtud de los recursos comunes de apelación, reposición, súpli-

ca, los cuales se deciden en vista de los mismos elementos probatorios que sirvieron para dictar el proveído. Significa ésto que si en tales casos el interesado insiste, presentando la prueba cuya falta originó la negativa, o completando la que era deficiente, la providencia que acceda a lo pedido, no revoca ni modifica la anterior. Es una nueva resolución, que tiene una base legal distinta.

En cambio, causar ejecutoria una decisión judicial es no poderse dictar otra sobre el mismo negocio ya definido. En el presente caso, el auto de 7 de junio se ejecutorió, porque no fué objeto de los recursos comunes de que era susceptible por su naturaleza, pero él no causó ejecutoria, porque nada impedía volver sobre el mismo asunto, si lo pedía el interesado mejorando la prueba. Y ésta ha sido la práctica constante de la Corte en esta clase de asuntos.

b) El auto de 7 de junio fué dictado por la Sala plena de casación civil sólo porque en su motivación cambióse una jurisprudencia de la Corte, cual era la que establecía que no eran susceptibles de exequatur sino las sentencias de condena. Es claro que si se hubiera pedido reposición de ese auto habría sido la misma Sala plena la competente para resolver tal recurso, el cual no fué interpuesto por el doctor Leal Morales —como erroneamente lo asevera el doctor Sáenz Arbeláez. El doctor Leal Morales insistió en su pretensión de exequatur, en nueva solicitud y con nueva prueba del requisito de la reciprocidad legislativa, aunque haciendo referencias a su primera petición y a documentos con ella presentados, en lo cual, por lo que ya se ha dicho, no había inconveniencia alguna.

c) La decisión de esta Sala de 18 de agosto sí es una sentencia. Ella otorga el exequatur, resuelve definitivamente el negocio y es obligatoria para todas las autoridades del país, ninguna de las cuales podría negarse ya a conceder efectos en Colombia a la resolución extranjera respectiva. Y porque es esa decisión una sentencia, no puede ser revocada ni reformada por la Corte, ni lo ha sido, ni es susceptible de los recursos comunes, salvo el de aclaración, si fuera el caso. Causa ejecutoria. Ya no podría volverse sobre el mismo asunto del exequatur de la citada sentencia libanesa.

Esta sola consideración sería suficiente para negar las peticiones del doctor Sáenz Arbeláez.

d) Lo dicho sirve también para explicarse por qué esta Sala no creyó necesario dar traslado al señor Procurador de la solicitud en que el doctor Leal Morales insistió, mejorando la prueba, en la concesión del exequatur. Ya el señor Procurador había dado una vista completa y de fondo, no obstante que la prueba presentada con la primitiva solicitud del doctor Leal Morales era deficiente. Y el negocio era el mismo. No se trataba de dos asuntos distintos, único caso en que, en el segundo, habría habido necesidad de oír de nuevo a dicho funcionario.

e) La Corte, en su providencia de 7 de junio, negó que el señor Faour tenga la calidad de parte en este negocio, y sus razones son muy precisas al respecto; pero, quizás por una amplitud de criterio admitió que podía ser oído como tercero, y tuvo en consideración los escritos de su apoderado y hasta los documentos a ellos acompañados. Sólo que no encontró en las razones del impugnador ninguna que determinara el criterio de la Sala en el sentido de insistir en la negativa del exequatur.

f) La Sala plena de casación civil quedó sin jurisdicción en este negocio de exequatur después de dictar su providencia de 7 de junio.

El doctor Leal Morales, en escrito presentado el 25 de agosto, en el cual se dá por notificado de la sentencia, pide que se declare su ejecutoria, a lo cual no hay lugar, pues la ejecutoria se opera por ministerio de la ley cuando la sentencia, como en este caso, no debe ser consultada, ni hay contra ella recurso alguno en el juicio. La declaración procede solamente cuando, habiendo recursos ordinarios, se han dejado pasar los términos sin interponerlos (artículo 468 C. J.).

En mérito de lo expuesto, la Sala no accede a ninguna de las peticiones del doctor Sáenz Arbeláez, que se refieren a una sentencia firme.

Notifíquese.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppdad.

AL JUZGADOR CORRESPONDE LA APLICACION DE LA LEY, AUNQUE LAS DISPOSICIONES APLICABLES NO SE CITEN EN LA DEMANDA O LAS CITADAS NO SEAN LAS PERTINENTES — CUAL ES EL SENTIDO DE LA EXPRESION RELACIONES SEXUALES NOTORIAS Y ESTABLES — QUIEN OSTENTA UN DERECHO CON BASE EN UNA DE LAS SITUACIONES O RELACIONES PREVISTAS EN LOS ORDINALES DEL ARTICULO 4º DE LA LEY 45 DE 1936, CONLLEVA EL EJERCICIO DE LA ACCION DE SIMULACION, AUN EN EL SUPUESTO DE DISCUTIRSE JUDICIALMENTE ESE DERECHO

1.—Los juicios de la doctrina y la jurisprudencia, en relación con el alcance e interpretación de los libelos de demanda, asientan que:

"Al tratarse de la ley, previniendo graves peligros, el legislador establece la prevalencia de su tenor literal cuando su sentido es claro, en forma de no poder desatenderse "a pretexto de consultar su espíritu" (Código Civil, art. 27); y con todo, no deja de abrir el campo de la equidad natural, a los principios del derecho natural y a las reglas de la jurisprudencia, ya para ilustrar la constitución, ya para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes (Ley 153 de 1887-arts. 4º y 5º). En los actos y contratos de los particulares, en que no hay la valla impuesta por el temor de los aludidos peligros, es afortunadamente más amplio y completo el dominio de la realidad, y así por ejemplo, el legislador mismo prescribe que en los testamentos "para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido", y en los contratos se estará a la intención de las partes claramente conocida, más que a lo literal de las palabras (C. C. arts. 1127 y 1618).

Y que "análogamente ha de procederse y por constante jurisprudencia se ha procedido en el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, en lo cual el sentenciador obedece, no sólo el imperativo de equidad y de verdad que dictó las disposiciones que acaban de citarse, sino también preceptos tan terminantes como los contenidos en los arts. 837 del C. J. antiguo y 471 y 472 del hoy vigente".

De aquí que, si en el presente caso el actor, en lo que él denomina 'exposición de derecho', declara: "en el caso de la demanda concurren a establecer la prueba para tal declaración las disposiciones contenidas en los numerales 3º y 5º del artículo citado", "no por ello puede procederse como correspondería a este error", no atendiendo o leyendo del libelo sino exclusivamente esta frase en lo pertinente sino que, tomando el libelo en su integridad, como es de rigor, sin prescindir, por lo mismo de ninguno de sus componentes y menos aún de algo de tan señalada importancia y entidad como son los hechos fundamentales", el juzgador forzosamente tiene que reconocer cuál fué la intención del demandante, que ella no está toda en aquella frase y que ésta no la puede sacrificar.

Aceptar el concepto o criterio de interpretación del Tribunal de Buga, es tanto como desplazar el contenido esencial de la demanda, que lo constituyen los hechos fundamentales y las súplicas, hacia las citas de las disposiciones legales que el demandante supone aplicables al caso, y hacia las alegaciones que haga en tal sentido, contrariando el principio de derecho procesal de que: "en el campo del derecho el juzgador no está vinculado por las citas y alegaciones de las partes"; y en abierta oposición con la constante jurisprudencia de la Corte en ese sentido, que habla de que: "Cuando el derecho que se demanda está de acuerdo con los hechos, es decir, se deduce de ellos, el error cometido por el demandante en el libelo al señalar las citas de la ley aplicables al caso, no obsta para reconocer el derecho; corresponde al juzgador la aplicación de la ley, aunque ésta no se señale en la demanda o se

invoque la que no cuadra a los hechos que sirven de base a la acción".

2.—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 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 deben ser comunmente 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 paradójicamente 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 artículo 214 del C. C.

3.—La fisonomía de una acción se determina por sus condiciones de ejercicio. La de simulación tiene como requisito indispensables para ponerla en movimiento: a) La titularidad de un derecho subjetivo existente, o la presencia de una relación jurídica amenazada por el acto o contrato aparente; y b) Que el derecho o la situación jurídica puedan ser afectados con la conservación del aparente. Todo lo cual puede resumirse en la determinación del interés jurídico, fundamento específico y fuente de legitimación de toda acción procesal.

En acciones de esta naturaleza, en las que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de la acción, tales principios sobre el interés 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 éste 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 legitima su acción.

Tratándose de la simulación propiamente dicha, del ejercicio de su acción específica, tendiente, como se sabe, a que prevalezca el acto secreto sobre lo declarado por las partes en el público u ostensible, se ha dicho, con aplicación del principio general de que sin interés no hay acción, que puede ejercerla todo el que tenga interés jurídico en la declaración de simulación, entendiendo por tal el que resulta de la concurrencia de dos requisitos esenciales: que el demandante alegue un derecho propio y actual y de que es titular, y no una mera expectativa; y además, un perjuicio causado directamente por la conservación del acto simulado. Esto es, según frase muy comprensiva, "un interés protegido por la ley".

Por otra parte, la acción consagrada en el artículo 4º de 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 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.

Juicios aquéllos de la jurisprudencia, de donde ha de deducirse la conclusión de que quien ostenta un derecho con base en una de las situaciones o relaciones previstas en los ordinales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, conlleva el ejercicio de la acción de simulación, aún en el supuesto de discutirse judicialmente ese derecho, porque éste aunque discutido, no ha sido desconocido, y en

tal virtud no ha perdido su eficacia. Y porque la acción de simulación, que en estos casos se hace depender de la declaración judicial o reconocimiento del estado civil de hijo natural, no tiene otro objeto o fin que garantizar e impedir que se consuma el daño o el perjuicio que amenaza las relaciones patrimoniales que nacen con la muerte del padre, con la apariencia creada por el acto o contrato simulado. Daño o perjuicio que puede llegar a ser irreparable al tiempo de producirse la declaración o reconocimiento por separado, si se exige este requisito previo al ejercicio de la acción de simulación, y que dejaría sin protección ni eficacia práctica alguna, por otra parte, los derechos que nacen o que son anexos al título de hijo natural. Más si se tiene en cuenta toda la posibilidad de la presencia de terceros adquirentes de buena fe de los bienes objeto del acto o contrato simulado y contra quienes no es oponible la futura declaración de simulación.

4.—Bien sabido es que cuando el heredero ataca un acto dispositivo de su causante, su pretensión puede asumir dos situaciones diferentes, según que ocupe el puesto que tendría el causante en vida, o que reclame como lesionado en su derecho herencial, porque con la ficción se le haya privado indebidamente del todo o parte de la herencia. En este último caso, el heredero se presenta como un tercero obrando PER SE que busca deshacer el agravio inferido. En el otro caso, la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos del causante, y de consiguiente, como continuador de la personalidad del DE CUJUS, ejerce la acción que éste habría ejercido por sí mismo frente al adquirente fingido.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

María Elisa Lenis, por medio de apoderado, y en libelo de 3 de diciembre de 1945, adicionado posteriormente, como representante legal de sus menores hijos **Martha, Mario** y **Olga Lenis,** demandó en acción de investigación de paternidad natural, consecuencial de simulación de unos contratos y restitución de bienes, a los hermanos legítimos del causante **Carlos Azcárate Becerra,** señores **Alfonso, Juan José, Jorge Enrique, María, Dolores, Lucila, José Luis, Pablo Julio y Manuel Augusto Azcárate B.,** este último representado pos sus hijas Blanca Julia Azcárate de Muñoz y Alicia Azcárate de Tello, para que en juicio ordinario se declare que los menores arriba nombrados, son hijos naturales del citado Carlos Azcárate Becerra, y tienen el carácter de herederos de éste, por lo cual los demandados deben restituír para la sucesión ilíquida de su padre, los bienes inmuebles, semovientes y muebles traspasados en venta por el causante a sus hermanos durante su última enfermedad, cuya enajenación se ataca por simulada.

Como hechos fundamentales que justifican la acción se expresan en la demanda: Que durante el lapso comprendido entre los años 1924 y 1931, existieron relaciones sexuales estables entre Carlos Azcárate Becerra y María Elisa Lenis, en la ciudad de Buga, primero en casa de propiedad de Azcárate Becerra, ubicada en la carrera 3ª con calles 7ª y 8ª, y después en una casa situada en el barrio de "Santa Bárbara"; que durante la vigencia de aquellas relaciones nacieron Martha, Mario y Olga Lenis, que el señor Azcárate Becerra reconoció públicamente a dichos menores como sus hijos naturales, por el trato notorio y constante que como padre les dió, atendiendo siempre "a los menesteres de alimentación, drogas vestuarios, médicos y educación, como un buen padre de familia, cariñoso y solícito", atenciones y cuidados que mantuvo aún después del año de 1931, en que rompió relaciones con María Elisa Lenis; que además, Carlos Azcárate Becerra reconoció expresamente aquella paternidad natural implícita, mediante diligencia de conminación provocada por él y que hubo de firmar en la Alcaldía Municipal de Buga, el 9 de mayo de 1945, y para poner fin a las molestias de que lo hacía víctima la Lenis, diligencia en la cual se comprometió a suministrar cincuenta pesos ($ 50.00) mensuales, y en vista de la alegación de ésta, "que todo el disgusto se debía a la reclamación de subsidios en cantidad suficiente o necesaria para atender a los hijos", y que fué firmada por Azcárate Becerra y la Lenis, por ante el Alcalde y su Secretario.

Que el señor Carlos Azcárate Becerra se puso de gravedad a consecuencia de una enfermedad que minaba su salud, diez y ocho días antes de que ocurriera su deceso, se celebró en su casa de habitación y en su lecho de enfermo una escritura de venta y de contado, la número 1932 de 26 de octubre de 1945, en virtud de la cual se traspasaron todos los bienes raíces rurales y urbanos de pro-

piedad de aquél a sus hermanos legítimos Alfonso y Juan José Azcárate Becerra, en la forma allí expresada.

Que con posterioridad a la fecha del instrumento arriba mencionado, ocho a diez días antes de fallecer Carlos Azcárate Becerra, todos los bienes semovientes de propiedad de éste, ganado vacuno, caballar, etc., fueron contramarcados con los fierros quemadores de sus hermanos y hermanas legítimos.

Que cuando aquellas singulares transferencias ocurrían, se produjo un hecho de gravedad: desapareció de los archivos de la Alcaldía Municipal de Buga, del libro de conminaciones el acta suscrita con la firma de Carlos Azcárate Becerra, así lo certificó la Alcaldía al solicitarse copia de tal acta.

Dentro de todas aquellas circunstancias ocurrió el fallecimiento de don Carlos Azcárate Becerra, el 13 de noviembre de 1945, según partida de defunción de la Notaría del Circuito de Buga.

Oponiéndose a las declaraciones pedidas, negando la gran mayoría de los hechos y aceptando algunos pocos, y excepcionando de carencia de acción en los demandantes en lo referente a la de simulación, contestaron los demandados la demanda.

La primera instancia fué decidida en fallo de 11 de agosto de 1948, declarando la calidad de hijos naturales de los menores Martha, Mario y Olga Lenis del señor Carlos Azcárate Becerra y la de herederos de éste, en tal condición, y sin hacer el resto de las declaraciones pedidas.

Sin costas.

La apelación que ambas partes interpusieron contra el fallo del Juzgado, dió origen a la segunda instancia que finalizó en el Tribunal de Buga, con la decisión de 19 de octubre de 1949, que revoca la apelada, "en sus numerales 1º y 2º, y en su lugar negar las declaraciones pertinentes solicitadas en la demanda", y confirmarla "en cuanto a lo demás".

Para sustentar su decisión, el Tribunal estudia la personería de las partes, la naturaleza especial de la acción de investigación de la paternidad, el criterio judicial seguido al respecto, para luégo analizar las causales y hechos planteados en el juicio, así:

"No obstante que en la demanda se menciona la ocurrencia de relaciones maritales estables, sólo se alegan como causales legales las de existencia de un reconocimiento por escrito y de posesión notoria del estado de hijo natural, contempladas por los numerales 3º y 5º de la Ley 45 de 1936.

"Dicha limitación en el planteamiento objetivo de la demanda no sólo resulta de los términos muy claros en que está concebido el libelo correspondiente, en la parte que contiene la determinación de los fundamentos jurídicos de la acción y que el actor llamó "exposición de derecho", sino también de la circunstancia de no haber recibido en esta instancia crítica alguna el fallo del Juzgado en cuanto consideró también reducida la litis al estudio de las dos únicas causales referidas.

"Consecuencialmente, al estudio de esas dos causales debe concretarse este Tribunal en su fallo, sin que sea entonces objeto de decisión analizar la conducta observada por la señora María Elisa Lenis, aspecto sobre el cual ha orientado especialmente su pretensión probatoria la parte demandada, como que tal investigación sobre fidelidad de la compañera solamente procedería si la demanda se sustentase en la presunción de paternidad nacida de relaciones maritales estables (Ord. 4º del art. 4º de la Ley 45 de 1936)".

"Reconocimiento escrito"

"De acuerdo con las causales taxativamente autorizadas por la ley 45 de 1936, hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

"3º—Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad.

"Tal confesión inequívoca de paternidad por escrito se hace consistir, especialmente, en la referida diligencia de conminación policiva suscrita por el señor Azcárate ante la Alcaldía de esta ciudad, en mayo de 1945.

"Pero en la demanda misma se advirtió que la citada diligencia faltaba del libro de conminaciones, debido a "sustracción u ocultación", por lo cual se ha pretendido reconstruír el acta en este juicio por medio de las declaraciones de los funcionarios y empleados que intervinieron en tal diligencia".

Considera el Tribunal las declaraciones de Libardo Sánchez, Carlos Delgado Erazo, Luis Ignacio Ibáñez, Pedro Nel Bravo y Francisco Ospina, Alcalde, Secretario y subalternos, respectivamente, para conceptuar que, la carta o escrito que exige el inciso 3º del art. 4º de la Ley 45 de 1936, debe existir al tiempo de provocarse la declaración judicial de paternidad, que tal prueba quirografaria sea actual, a fin de que sobre su existencia pueda

fundarse el fallo correspondiente, en cuanto el documento contenga una confesión inequívoca de paternidad; que, en principio, la prueba testimonial es inadmisible para demostrar la confesión inequívoca a que se refiere el inciso 3º citado, así como la ley sustantiva rechaza el testimonio como prueba de los actos que deban constar por escrito, la ley procesal sólo permite suplir el original de un documento con la copia auténtica correspndiente, y en los casos excepcionales a que se refieren los arts. 633 y 648 del C. J.

"No obstante, la doctrina autoriza suplir la prueba física de un documento cuando éste ha sido destruído a virtud de un caso fortuito o una fuerza mayor, lo que supone la demostración de la creación y preexistencia del documento, de su pérdida o destrucción, y de la causa que motivó su desaparición.

"En el presente caso está plenamente demostrado que el señor Carlos Azcárate Becerra firmó en la Alcaldía de esta ciudad, el 9 de mayo de 1945, una diligencia de conminación policiva, pero no se ha acreditado en igual forma la pérdida de dicha diligencia documental, ni la causa exclusivamente fortuita de su destrucción, si es que ésta ocurrió".

Que de los testimonios analizados, no resulta acreditada plenamente la pérdida o destrucción del acta conminatoria, y menos que éstas ocurrieran en circunstancias fortuitas o por fuerza mayor, como para admitir la reconstrucción supletoria del documento original por prueba testimonial.

Pero que "en el supuesto de cumplirse los requisitos de forma respecto a la reconstrucción de la prueba documental por testimonios, quedaría por analizar la cuestión de fondo relativa a la naturaleza y calidad de la manifestación de voluntad contenida en el documento, en cuanto la ley 45 exige que del escrito se desprenda un reconocimiento o confesión inequívoca de paternidad natural". Que dada la vaguedad existente en las exposiciones de los testigos en cuanto al hecho concreto de hacerse constar en la diligencia el reconocimiento o confesión explícita de paternidad que los deponentes adjudican a Azcárate Becerra, "no resulta certeza sobre el hecho de que éste, hubiese hecho una confesión inequívoca de paternidad en la discusión suscitada con María Elisa Lenis ante la Alcaldía de esta ciudad, ni respecto a la circunstancia fundamental de que tal confesión inequívoca se hubiese hecho constar en la diligencia misma de conminación que fué suscrita ese día".

Que tampoco se puede dar el carácter de confesión inequívoca de paternidad al hecho de que Azcárate Becerra firmara el acta de la matrícula de inscripción de Mario Lenis en el Instituto "Juan Bosco", como padre natural de dicho menor. Para hacerse la anterior afirmación, en la sentencia se considera la declaración del señor Rafael Duque S., ex-Director del Instituto, en relación con la diligencia de inspección ocular practicada en los libros de matrículas del referido colegio, de donde se desprende que, si es cierto que allí aparece en el año de 1937, la inscripción de la matrícula de Mario Lenis como hijo de María Elisa Lenis, y suscrita la diligencia por "Carlos Azcárate B", en la casilla general titulada "padres o acudientes", el Juzgado concluyó de esta circunstancia que: "no es posible sin incurrir en equivocación, saber a ciencia cierta quién firmaba las matrículas como padre o quién lo hacía en simple condición de amigo, acudiente o recomendado", y que no todas las firmas puestas en las casillas eran autógrafas, pues en algunas de ellas, los nombres habían sido escritos por el señor Duque S.

"En síntesis, no existe escrito proveniente del señor Carlos Azcárate B., que contenga una confesión inequívoca de paternidad respecto a Marta, Olga o Mario Lenis".

Posesión notoria

"También se autoriza la declaración judicial de paternidad natural "cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo, fenómeno que regula la misma ley 45 de 1936 tanto en sus elementos constitutivos como en su modalidad probatoria, mediante los arts. 6º y 7º.

"La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo haya reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento.

"Las reglas de los arts. 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican al caso de filiación natural". Se consagra así la figura clásica de la posesión notoria de estado como prueba de la paternidad natural, en cuanto a sus elementos típicos de trato y fama públicos, sin exigir la concurrencia del otro requisito relativo al nombre o apellido del padre, por desuso y falta de aplicación práctica en nuestro medio social.

"A falta de pruebas escritas auténticas de un estado civil, acude la ley a la posesión del mismo estado, prueba señalada por los tratadistas como

la primera que pudo existir en la organización social y la más característica y decisiva en su mérito de convicción sobre la existencia de determinado estado familiar.

"En ausencia de un título por escrito, se autoriza la demostración de haberse venido gozando y disfrutando de determinado estado civil, en forma pública y notoria, y de manera contínua, para configurar un título supletorio similar al que se autoriza para la adquisición del dominio de los bienes materiales por prescripción en razón de posesión efectiva, contínua y pacífica de la cosa.

"En orden a investigar la existencia de una posesión notoria del estado de hijos naturales, por parte de Martha, Mario y Olga Lenis en relación con Carlos Azcárate B., obran en el juicio legalmente producidos, los siguientes elementos probatorios". En seguida se relacionan en la sentencia los testimonios allegados a los autos, con transcripciones de apartes de sus exposiciones.

"Sintetizada así toda la prueba aducida al juicio por las partes, en relación con el supuesto de una posesión notoria del estado de hijos naturales por parte de Martha, Mario y Olga Lenis, deben analizarse prudente y racionalmente los distintos actos cumplidos por el pretendido padre natural señor Carlos Azcárate B., descartando ante todo aquellos actos equívocos que, por falta de una clara indicación del móvil que los inspiró, puedan interpretarse como simples atenciones y deferencias o generosas galanterías del amante para la persona a quien había tratado maritalmente, o para la familia de su amiga, sin que lleven el sello inconfundible de una clara aunque implícita confesión de paternidad.

"Igualmente debe tenerse el cuidado de analizar separadamente los actos de implícita paternidad cumplidos por Azcárate B. respecto a cada uno de los menores Marta, Olga y Mario Lenis, porque bien claro resulta que su atención no se dirigió siempre a todos esos menores por igual.

"Los datos generales del proceso no pueden tomarse en conjunto, para valorizarlos en grado de certeza, como hizo el juzgado. Verdad es que la inferencia nacida de prueba indiciaria, como es el caso de la posesión notoria, sólo puede surgir de una apreciación de los distintos indicios en conjunto, pero ello sólo puede incurrir cuando se trata de indicios relativos a un mismo hecho. Sería un grave error tomar indiscriminadamente el conjunto de los distintos actos cumplidos por Carlos Azcárate B., como demostrativos de un reconocimiento de paternidad hacia Marta, Mario y Olga Lenis, cuando la complejidad de sus relaciones hace ver que su afecto y las consecuenciales atenciones tuvieron distintos objetivos, desde la persona misma de su amiga hasta los hijos de ésta, y cuando la imputación misma de paternidad tiene tres distintos sujetos, que pueden no haber gozado al mismo tiempo de los mismos favores y beneficios que en general otorgaba Carlos Azcárate B. a María Elisa Lenis, máxime cuando hay constancia de que ésta procreó otros niños de distinto padre, por la época en que recibía ayuda y beneficio económico de Azcárate B.

"La prueba de los actos positivos que, por las circunstancias en que fueron ejecutados o por las manifestaciones de su autor al ejecutarlos, indiquen precisa e inequívocamente el ánimo de cumplir y establecer el compromiso de la paternidad natural, queda reducida a los siguientes elementos:

"Suministro de carne durante la época transcurrida de 1932 a 1935, según Roberto Valverde; suministro de leche y artículos alimenticios, durante cinco meses transcurridos por la época de 1935 a 1939 según los testimonios de Carmelina y Rafael Sánchez; suministro de vestidos, por la época de 1936, según Carlina Plata.

"Provisión de escuela, para Mario y Olga Lenis, durante el año de 1936, y colegio para Mario en el año de 1937 y para Marta en los años de 1942 a 1944.

"Operaciones odontológicas para Marta y Olga Lenis en el año de 1944, por una sola vez.

"Fama pública de que gozaron Marta, Mario y Olga Lenis, en concepto del vecindario del barrio "El Molino", como hijos naturales de Carlos Azcárate B., en el transcurso de los años de 1926 a 1930, según los testimonios de Jesús María Caicedo y María Josefa García.

"Del anterior análisis resulta claramente evidenciado que los menores Marta, Mario y Olga Lenis no recibieron trato efectivo y contínuo de hijos naturales de Carlos Azcárate B., ni fueron reputados como tales por los deudos y amigos y el vecindario de su domicilio en general, durante los 10 años contínuos que exige la ley civil.

"Carlos Azcárate B. otorgó innegablemente trato de hijos a los menores Marta, Mario y Olga Lenis, pero no en forma contínua y durante el lapso de 10 años que establece la ley para que en ese trato y fama pública pueda fundarse una presunción cierta de paternidad que dé lugar a declararla judicialmente. El trato otorgado por Azcárate adolecía de largas y reiteradas interrupciones, registradas durante años, tanto en los actos de provisión para todo el conjunto de menores (carne,

leche y vestidos), como en las atenciones prestadas a cada uno de dichos menores en particular (escuela, colegio, dentistería).

"La misma fama pública de que gozaron aquellos menores, según los términos en que la presentan los dos únicos testigos que afirman responsivamente, se resiente de la irregularidad de aquel trato, por eso sólo alcanza un período de cuatro años, de 1926 a 1930 en conjunto, período de fama que en particular sólo cubre a la menor Marta Libia, nacida en abril de 1926, pues a Mario lo ampararía solamente en 3 años, y a Olga María en uno.

"No resulta, pues, el conjunto de testimonios fidedignos que demuestren la existencia de un trato personal, demostrado en actos efectivos de provisión de subsistencia, educación y establecimiento, en forma ininterrumpida y a la manera franca y explícita de un verdadero padre convencido de su responsabilidad, que hayan permitido al vecindario y a los deudos y amigos formar y mantener el concepto de aquella paternidad, todo durante 10 años contínuos, y acreditado en forma incontrastable, como que muchos de los amigos y hasta familiares del presunto padre o de la madre ignoraron aquel trato y la fama o reputación de paternidad natural.

"En tales circunstancias, en presencia de actos ejecutados por una persona que no asume decididamente la posición de padre natural, que no se muestra seguro y convencido de su paternidad, es por demás aventurado para el juez interpretar y tomar aquellos actos como indicativos de un reconocimiento inequívoco que permita fundar la declaración de filiación natural".

"La acción de simulación"

"Acumulativamente a la declaración de paternidad judicial de filiación natural, se provocó en la demanda la revisión de las enajenaciones realizadas por el causante, durante su última enfermedad, a favor de algunos de sus hermanos, acusándolas por supuesta simulación relativa tendiente a disfrazar una distribución de bienes herenciales. Tal acción de simulación, y de consecuencial restitución de bienes al patrimonio del causante, podía realmente proponerse acumulativamente a la de declaración de paternidad, como quiera que les correspondía el mismo trámite ordinario, y las unía un mismo interés jurídico de los demandantes contra los mismos demandados, ya que la reclamación de estado en este caso se dirige precisamente a recuperar los bienes patrimoniales del causante, y el éxito de la acción de filiación sirve precisamente de medio para legitimar la reclamación de los bienes que el causante hubiese trasmitido a título no traslaticio de dominio.

"Pero, por lo mismo que se trata de acciones acumuladas por trámite sucesivo, en que la vida de la segunda depende de la procedencia de la primera, resulta innecesario entrar en el análisis de la acción sucesiva de simulación cuando, de acuerdo con las anteriores consideraciones, los demandantes no han acreditado el carácter de hijos naturales y consecuenciales herederos legitimarios del señor Carlos Azcárate".

El recurso

En casación recurrió el demandante de la sentencia del Tribunal de Buga, y con fundamento en la causal primera del art. 520 del C. J., la impugna "por ser violatoria de la ley sustantiva en varias formas", conforme a los cargos siguientes:

Primer cargo

"El Tribunal incidió en evidente error de hecho mediante la estimación que hizo de que el ejercicio de la acción de filiación la limitó el demandante a las causales 3ª y 5ª del art. 4º de la ley 45 de 1936, no obstante su claro planteamiento también por la causal 3ª (sic). Formuló así el sentenciador equivocada interpretación de la demanda, con deslinde palpablemente arbitrario. Procedimiento con el cual quebrantó en primer lugar el último inciso del art. 471 del C. J., lo que fué el motivo para que violara por falta de aplicación al caso del pleito, el mencionado inciso 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936".

El error de hecho en la interpretación de la demanda se hace consistir en que: "el libelo es perfectamente claro en el sentido de plantear, en la relación de hechos generadores de la acción, los pertinentes a deducir la filiación natural de las relaciones sexuales estables entre María Elisa Lenis y Carlos Azcárate que mantuvieron del año de 1924 al de 1931, período dentro del cual procrearon a los demandantes. El mismo sentenciador lo reconoce así cuando confiesa que en la demanda "se menciona la ocurrencia de relaciones maritales estables". Sin embargo entiende limitado el campo de la demanda por dos circunstancias: porque en la parte del libelo que contiene la determinación de los fundamentos jurídicos de la acción y que el abogado llamó "exposición de derecho" sólo se alegan como causales de la filiación "la existencia de un reconocimiento por escrito y de posesión no-

toria del estado de hijo natural contempladas por los numerales 3º y 5º del art. 4º de la ley 45 de 1936; y porque del hecho de "no haber recibido en esta instancia crítica alguna el fallo del juzgado en cuanto consideró también reducida la litis al estudio de las dos únicas causales referidas".

Y en que si "es verdad que al actor en el libelo se le olvidó invocar entre las disposiciones legales pertinentes el numeral 4º del art. 4º de la ley 45 y formular algún comentario alrededor de tal causal de investigación de la paternidad natural. Empero esta omisión carece de importancia en orden al planteamiento de la acción, así como también el que ante el Tribunal se abstuviese de criticar el fallo del juez por haber éste afirmado que la acción habíase planteado sólo por los numerales 3º y 5º del mencionado art. 4º". Para reforzar su argumentación el recurrente cita algunas jurisprudencias de la Corte.

Segundo cargo

"La acusación la formulo —dice el recurrente— por error de derecho violador en primer término de los arts. 662, 664 y 665 del C. J., que le señalan al juez la pauta que debe emplear en el examen de los indicios y de las presunciones; y en segundo lugar con el menosprecio de estas normas, por repercusión quedaron violados también los arts. 4º ordinales 3º, 4º, 5º, 6º y 7º de la ley 45 de 1936, sobre filiación natural, que son preceptos eminentemente sustantivos".

Manifiesta el recurrente, para deducir el error de derecho invocado, que el Tribunal de Buga hizo un análisis aislado de las declaraciones traídas al proceso, desestimando aún aquellas más concluyentes, lo que pone de relieve el sistema empleado para formar su juicio, sistema con el cual nunca sería posible la demostración de ninguna situación de hecho mediante el uso combinado de los indicios y de las presunciones, aún por vehementes que se presentaran unos y otras al ser conjugados, robusteciéndose entre sí.

Transcribe enseguida el concepto consignado en la sentencia, motivo del ataque, para extenderse en consideraciones, sobre el carácter y la naturaleza de la prueba de presunciones, "que siempre es indirecta, constituída por inferencias y deducciones más o menos probables, según sea el grado de relación del hecho indiciario con la cuestión capital que se pretenda establecer", para concluír:

"En consecuencia, acuso el comentado concepto del Tribunal, que es básico de la sentencia, porque es la síntesis de su pensamiento acerca del procedimiento que puso en práctica en el análisis y crítica de la copiosa a más de reveladora prueba testimonial allegada al proceso por la parte demandante y aún por los demandados y con el cual coronó dicho examen. De manera que al caer esa fundamentación del fallo, la Sala tendrá que verificar en instancia el estudio de conjunto que omitió el inferior, teniendo en cuenta que se trata de respetable cadena de indicios que requieren ser concatenados en orden a probar su fuerza de convicción".

Tercer cargo

"El fallador, con su arbitrario examen de las pruebas relativas a la fama pública incurrió en error de hecho y de derecho, violadores de la ley sustantiva.

"El error de hecho que es evidente, consiste en haber ignorado que había otras pruebas atinentes a la cuestión, además de las que analizó, que fueron pasadas por alto; y el error de derecho consiste en no haberle dado a las declaraciones que cita todo el mérito probatorio que ellas conllevan, dado que se trata de testimonios que por lo responsivos y completos, ninguna objeción seria merecen, por cuyo motivo forman plena prueba acerca de lo declarado. Con uno y otro error, el sentenciador desatendió los arts. 696 y 697 del C. J., y por haberlos desatendido quebrantó indirectamente las disposiciones sustantivas siguientes: en primer lugar el art. 780 del C. C., en lo pertinente, aplicable por completa analogía a la prueba del estado civil por prueba supletoria; en segundo lugar el art. 6º de la ley 45 de 1936; y en tercer lugar el art. 4º de la misma ley, ordinal 5º".

Son fundamentos de este cargo: Que el Tribunal afirma que no hay más que dos testigos que declaran sobre el hecho de la fama pública de que Marta, Olga y Mario Lenis son hijos naturales de Azcárate y que ese concepto sólo se demostró por un período de duración de cuatro años de 1926 a 1930.

Que sobre el hecho de la fama pública el Tribunal hace mérito únicamente de las declaraciones de Alberto Ortíz y Jesús María Caicedo, cuando existe abundante información sobre el particular, que el sentenciador pasó por alto, y que se extiende hasta la muerte de Azcárate. Así, el recurrente transcribe apartes de las exposiciones de catorce declarantes, para decir, que no queda duda acerca de lo numeroso de los testimonios que dan cuenta de que el vecindario de Buga reputaba a los tres hijos de la Lenis como naturales de

Azcárate; que es infundado que el testimonio se limite al tiempo transcurrido de 1926 a 1930, pues, es patente que cubre hasta la época en que murió Azcárate, el concepto circulaba entre las gentes en los años de 1940 a 1946, según el decir de varios testigos.

Que las interrupciones por ausencia de testimonios que se refieran a épocas intermedias, no significa que haya que descartar el tiempo comprendido por ellas, en el caso de que existan. Ese extremo llevaría a la necesidad de que para cubrir todo el término legal a que debe extenderse la posesión notoria, serían indispensables tantos testigos cuantos fueron los días, horas o minutos de aquel término, que dieran cuenta de actos cumplidos en cada breve lapso de tiempo; o que los testigos informantes tendrían que ser personas que no se hubieran separado ni por un instante del domicilio de los interesados o de su vecindad, para que estuvieran en capacidad de dar cuenta de que en forma ininterrumpida e invariable oyeron a los vecinos de día y de noche divulgar la fama. Que en materia de posesión del estado civil de una persona, sucede exactamente igual a lo que acontece con la posesión de los bienes materiales: que demostrado que en una época se tuvo la posesión, y se posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio, mientras no se acredite lo contrario (art. 780 C. C.).

Cuarto cargo

Este reparo se formula con fundamento en que con muchas de las declaraciones que se aluden en el fallo —que cita el recurrente—, y con la inspección ocular practicada en los libros de matrículas del Instituto "Juan Bosco", se comprueba el **hecho concreto** que desde que los tres niños estaban pequeños hasta por lo menos los años de 1942 y 1943, Azcárate los presentaba, ya de manera directa, ya indirectamente por medio de actos que así lo dejaban comprender, como a hijos naturales.

Que, "el Tribunal, sin embargo, omitió el estudio y consideración de este **hecho** de capital importancia y significación en la definición de la acción de filiación ejercitada. Ese hecho arroja un poderoso indicio, aún más, la más vehemente presunción, que con otras, prueba la posesión del estado civil reclamado".

"Semejante omisión origina protuberante error, que a la vez es de derecho y de hecho por parte del Tribunal en el examen que hizo de las mencionadas declaraciones. De derecho, porque implícitamente les desconoció, tanto a las declaraciones, como a la inspección ocular mencionada en el punto 2º, el valor de plena prueba que les corresponde según la ley, ya que se trata de testimonios concordantes todos entre sí, sobre el **hecho** concreto de que Azcárate, por un lapso mayor de diez años, que alcanza a cubrir, presentó a los niños Marta, Olga y Mario, unas veces expresamente, como en el caso que relatan el señor Duque y la señorita García, y otras tácitamente en sus tratos con terceros, como sus hijos naturales. Y se equivocó en el hecho el sentenciador en forma evidente, al no ver la significación que el mencionado hecho revestía en la fundamentación del derecho ejercitado en la demanda. Con uno y otro error vuelven a resultar violados los arts. 696 y 697 del C. J., que le señalan normas al Juez; violación que condujo al sentenciador a violar además los mismos artículos de carácter sustantivo indicados en el cargo anterior, o sean el 780 del C. C.; el 6º de la ley 45 de 1936; y el ordinal 5º del art. 4º de la misma ley, por falta de aplicación".

Quinto Cargo

"Quebrantamiento de normas superiores de derecho ocasionado por errores de derecho y de hecho en relación con las declaraciones citadas en este cargo. Incidió el sentenciador en error de hecho patente, evidentísimo, en razón de no haber visto acreditado el hecho de que Azcárate siempre atendió a las necesidades alimentarias de los menores, desde que éstos nacieron y por más de diez años; e incidió en error de derecho, debido a que no les dió a las declaraciones citadas el mérito legal que ellas tienen para acreditar aquel hecho. Estos errores llevároнlo a vulnerar las siguientes disposiciones indicadoras de normas en el examen de las pruebas: los arts. 608, 696, 697, 662 y 663 del C. J., y los arts. 6º y 4º del ordinal 5º de la ley 45 de 1936, sobre filiación natural".

El desarrollo del cargo, es en síntesis: que en el expediente existe multiplicidad de testimonios con los cuales se establece otro hecho de capital importancia, relativo a que el señor Azcárate proveyó a las necesidades de subsistencia y educación de los menores Marta, Olga y Mario Lenis.

Relaciona el recurrente, los testimonios a que hace alusión, y dice que si se leen esas declaraciones, particularmente, las de los señores Libardo Sánchez, Carlos Delgado Erazo, Luis Ignacio Ibáñez y Pedro Nel Bravo, Alcalde, Secretario y escribientes, respectivamente, del Despacho de la Alcaldía Municipal de Buga, se encuentra en el

expediente ancha base para demostrar otro hecho que puede generar indicio o una grave presunción acerca de que Marta, Olga y Mario Lenis adquirieron por posesión notoria el estado civil de hijos naturales de Azcárate; que el señor Azcárate hasta su muerte y desde que aquéllos nacieron proveyó a alimentarlos mediante los suministros que les hacía.

Que el Tribunal abandonó este aspecto de obligatorio examen, según lo plantean las pruebas, con lo cual quebrantó las disposiciones sustantivas citadas, por los errores de hecho evidente y de derecho anotados.

Sexto cargo

"Error de hecho evidente y de derecho consistente en que el Tribunal dejó de apreciar el certificado acompañado a la demanda, acerca de no encontrarse en la Alcaldía de Buga el acta de conminación, en su verdadero valor demostrativo de la imposibilidad para presentar dicho documento. Y error de derecho negándose a reconocer que las declaraciones hacen plena prueba sobre la confesión inequívoca de paternidad que fué consignada en el acta de conminación. Con el primer error de doble aspecto, el Tribunal violó a través del desconocimiento del art. 632 del C. J., los arts. 1º de la ley 95 de 1890, que define la **fuerza mayor** o el **caso fortuito**, por indebida aplicación resultante de su errónea interpretación, además del art. 4º numeral 3º de la ley 45 de 1936. Y con el error de derecho apuntado el Tribunal volvió a violar a través del 696 del mismo código, el mencionado numeral 3º, en ambos casos por falta de aplicación".

Son fundamentos de este cargo: Que entre los hechos de la acción de filiación, en la demanda se invocó también la existencia de un reconocimiento por escrito inequívoco de paternidad, autorizado como causal de investigación por el art. 4º, numeral 3º de la ley 45 de 1936; escrito que consiste en la diligencia de conminación policiva llevada a cabo en la Alcaldía de Buga el 9 de mayo de 1945, y en la cual intervinieron Carlos Azcárate y María Elisa Lenis, acompañada de sus tres hijos Marta, Mario y Olga. Que esa diligencia se extendió por escrito, fué suscrita por los comparecientes y por ante el Alcalde y su Secretario, pero no fué hallada en los archivos de la Alcaldía de Buga, según la certificación que se presentó con la demanda; que tal hecho se advirtió en ésta, por lo cual se aspiraba a reconstruírla en el juicio por medio de las declaraciones de los funcionarios que en ella intervinieron.

Que las declaraciones de los funcionarios y las de los subalternos, acreditan "en forma que no deja lugar a vacilaciones que la diligencia se hizo constar en un acta donde el señor Azcárate reconoció expresamente su paternidad respecto de Marta; Mario y Olga Lenis, por cuya razón comprometióse a seguirles pasando la cantidad de cincuenta pesos ($ 50.00) para su manutención". Que a pesar de los términos perentorios en que los declarantes se expresaron, el Tribunal negóse a ver reconstruída el acta, por dos razones, una de derecho, y la otra de hecho por haber encontrado deficientes las declaraciones sobre la clase de confesión que hiciera el señor Azcárate.

En seguida, el recurrente entra en consideraciones sobre lo que constituye en estos casos, la fuerza mayor o el caso fortuito, y con citas de Planiol y Ripert y Giorgi, concluye afirmando que en el de autos operó éste en la pérdida o destrucción del acta, con lo cual los demandantes cumplieron la exigencia de acreditar que estaban colocados ante la necesidad de recurrir a la reconstrucción del documento, mediante pruebas que acrediten su existencia".

Se considera:

Los cargos, son susceptibles de estudio en conjunto, porque, auncuando tienen motivos distintos, sus fundamentos en el fondo son los mismos: error de hecho en la interpretación de la demanda, errores de derecho y de hecho evidentes en la apreciación de la prueba, e incidir todos en la violación de los ordinales 3º a 7º del art. 4º de la ley 45 de 1936; y referirse los formulados en los números 3º a 5º, a los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, en cuanto hace a la apreciación y valoración de la prueba por el sentenciador. Pero, como la Sala estima que el cargo de error de hecho evidente en la interpretación de la demanda, y de consiguiente violación de las disposiciones citadas por el recurrente, arts. 471 del C. J. y 4º inciso 4º de la ley 45 de 1936, debe acogerse, estudiará en casación este aspecto de la sentencia recurrida y en el fallo de instancia considerará el resto de las cuestiones que han sido materia del litigio.

La sentencia del Tribunal estriba en la consideración de que, si en el libelo se habla de hechos generadores de la situación de relaciones maritales estables —inciso 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936—

no se citó este ordinal, sino los correspondientes a las causales 3ª y 5ª, del nombrado art., con lo cual queda limitada la acción a estas dos últimas causales, y confirmada la intención del actor, con su omisión al no criticar este aspecto del fallo de primer grado al sustentar el recurso de apelación de que había sido objeto por su parte. De aquí el empeño del recurrente de atacar aquella afirmación del sentenciador, impugnando su fallo, principalmente, en lo tocante con ese criterio de interpretación de la demanda.

No se justifica la afirmación del Tribunal, pues, acontece que, si es verdad que en el libelo no se citó el numeral 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936, como disposición aplicable al caso, ni se comentó el criterio del juez del conocimiento en la segunda instancia, la demanda contiene, al propio tiempo, elementos nítidos que suponen la no limitación o exclusión, por el actor, afirmada en la sentencia; y porque, el hecho de no criticar el fallo del inferior, por aquel aspecto, no indica, en este caso, otra cosa que el apoderado de los demandantes se atuvo a la resolución favorable de su petición principal: la declaración del estado de hijos naturales de sus representados y que por tal motivo, de acuerdo con el art. 494 del C. J., no había sido objeto de la apelación interpuesta por su parte.

Aquellos elementos esenciales son los hechos 1º a 5º —inclusive— del libelo, y las probanzas encaminadas a evidenciar estos hechos, que para mayor abundamiento en la fijación del verdadero valor de la demanda, se transcriben texualmente:

"Primero.—En los años de 1924 a 1931 y en esta ciudad, mi mandante tuvo relaciones sexuales estables con el señor Carlos Azcárate Becerra, (Q. E. P. D.), primero en la carrera 3ª, entre calles séptima y octava, en donde habitó la mayor parte de ese lapso María Elisa Lenis una casa de propiedad de aquél, comprada al señor Miguel Antonio Arzayús y luégo en una casa ubicada en el barrio de Santa Bárbara;

"Segundo.—Durante el tiempo que las relaciones sexuales antedichas existieron entre María Elisa Lenis y don carlos Azcárate Becerra, nacieron como fruto de esa unión los siguientes hijos: **Martha**, quien fué bautizada en la Iglesia Parroquial de San Pedro de esta ciudad el día 14 de marzo de 1926, sirviendo de madrina la señora Mercedes Valverde o Balverde; **Mario**, quien fué bautizado en la Iglesia Parroquial de San Pedro de Buga, el día cuatro de diciembre de 1927 sirviendo de padrino el señor Enrique Rivera Sanclemente; y **Olga**, quien fué bautizada en la Iglesia Parroquial de Santa Bárbara el día 26 de enero de 1930, sirviendo de madrina la señora Marta Teresa Aldana.

"Tercero.—Tanto las relaciones sexuales estables, como el advenimieto de los hijos expresados en la unión de don Carlos Azcárate Becerra con María Elisa Lenis, fueron de conocimiento público y notorio en el vecindario;

"Cuarto.—Del año de 1931 en adelante, aun cuando las relaciones de que se habla, se suspendieron entre el señor Azcárate Becerra y María Elisa Lenis, es lo cierto, que aquél continuó atendiendo a las necesidades de familia, y al efecto, suministraba los medios económicos en cantidades suficientes unas veces y escasas otras, pero sí de manera permanente hasta el día que ocurrió su fallecimiento.

"Quinto.—En orden a la ejecución del hecho anterior, el señor Azcárate Becerra proveía a los menesteres de alimentación, drogas, vestuarios, médicos y educación de sus expresados hijos, pues, a Martha la tuvo interna en el establecimiento de educación privado de la señorita Graciana Alvarez; a Mario y Olga, en el establecimiento también privado de la señora María Josefa García en donde aprendieron las primeras letras y a Mario también en el Instituto Juan Bosco, dirigido por el señor Rafael Duque S.".

Los juicios de la doctrina y la jurisprudencia, en relación con el alcance e interpretación de los libelos de demanda, asientan que:

"Al tratarse de la ley, previniendo graves peligros, el legislador establece la prevalencia de su tenor literal cuando su sentido es claro, en forma de no poderse desatender "a pretexto de consultar su espíritu" (Código Civil art. 27); y con todo, no deja de abrir el campo a la equidad natural, a los principios del derecho natural y a las reglas de la jurisprudencia, ya para ilustrar la constitución, ya para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes (Ley 153 de 1887, art. 4º y 5º). En los actos y contratos de los particulares, en que no hay la valla impuesta por el temor de los aludidos peligros, es afortunadamente más amplio y completo el dominio de la realidad, y así por ejemplo, el legislador mismo prescribe que en los testamentos "para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido", y en los contratos "se estará a la intención de las partes claramente conocida, más que a lo literal de las palabras" (C. C. art. 1127 y 1618).

Y que "análogamente ha de procederse y por

constante jurisprudencia se ha procedido en el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, en lo cual el sentenciador obedece, no sólo el imperativo de equidad y de verdad que dictó las disposiciones que acaban de citarse, sino también preceptos tan terminantes como los contenidos en los arts. 837 del C. J. antiguo y 471 y 472 del hoy vigente".

De aquí, que si en el presente caso, el actor en lo que él denomina "exposición de derecho" declara: "en el caso de la demanda, concurren a establecer la prueba para tal declaración las disposiciones contenidas en los numerales 3º y 5° del artículo citado", "no por ello puede procederse como correspondería a este error, "no atendiendo o leyendo del libelo sino exclusivamente esta frase en lo pertinente, sino que, tomando el libelo en su integridad, como es de rigor, sin prescindir, por lo mismo, de ninguno de sus componentes y menos aún de algo de tan señalada importancia y entidad como son los hechos fundamentales", el juzgador forzosamente tiene que reconocer cuál fué la intención del demandante, que ella no está toda en aquella frase y que ésta no la puede sacrificar.

Aceptar el concepto o criterio de interpretación del Tribunal de Buga, es tanto como desplazar el contenido esencial de la demanda, que lo constituyen los hechos fundamentales y las súplicas, hacia las citas de las disposiciones legales que el demandante supone aplicables al caso, y hacia las alegaciones que haga en tal sentido, contrariando el principio de derecho procesal de que: "en el campo del derecho el juzgador no está vinculado por las citas y alegaciones de las partes"; y en abierta oposición con la constante jurisprudencia de la Corte en ese sentido, que habla de que: "Cuando el derecho que se demanda está de acuerdo con los hechos, es decir, se deduce de ellos, el error cometido por el demandante en el libelo al señalar las citas de la ley aplicables al caso, no obsta para reconocer el derecho; corresponde al juzgador la aplicación de la ley, aunque ésta no se señale en la demanda o se invoque la que no cuadra a los hechos que sirven de base a la acción".

Todo lo dicho conduce a acoger el cargo de error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda y de consecuencial violación de disposiciones sustantivas, invocada por el recurrente —art. 4º inciso 4º de la ley 45 de 1936— por haberlo dejado de aplicar el Tribunal al desoír la demanda, excluyendo de la decisión la referida causal, planteada en los hechos bases de la acción de investigación de la paternidad natural.

Lo fundado de este cargo, implica la casación de la sentencia recurrida y sin considerar los restantes debe dictarse la decisión que la reemplace (C. J. art. 538).

La demanda se encamina a obtener la declaración principal de que los menores Martha, Mario y Olga Lenis son hijos naturales del señor Carlos Azcárate Becerra, con invocación de las causales 3ª, 4ª y 5ª del art. 4º de la ley 45 de 1936, y consecuencialmente: que los menores tienen la calidad de herederos de su padre natural y como a tales se les deben restituír todos los bienes dejados por éste, así como los inmuebles y semovientes traspasados en venta por el causante a los demandados, sus hermanos, durante la última enfermedad, por ser simulados los contratos de compraventa que se dicen celebrados por medio de la escritura pública Nº 1932 de 26 de octubre de 1945, otorgada en la Notaría del Circuito de Buga, registrada en las Oficinas de Registro de los Circuitos de Buga y Palmira, y los escritos o no escritos, sobre compraventa de los semovientes y muebles, especificados en los hechos décimo sexto a décimo noveno del libelo.

ACCION PRINCIPAL.—**Filiación Natural**

El acervo probatorio allegado al proceso, es numeroso, sus elementos integrantes tienen un mérito demostrativo general y coherente para apoyar la declaración de paternidad natural con fundamento en las relaciones sexuales estables, a que aluden los hechos 1º a 5º de la demanda y en las condiciones previstas por el numeral 4º del art. 4º de la ley 45 de 1936. Esas probanzas consisten en testimonios, documentos y presunciones que en su orden se estudiarán.

De los testimonios resulta:

Sara Salazar vda. de Romero afirma que prestó sus servicios como partera a María Elisa Lenis en el nacimiento de sus tres hijos, una vez llamada por la madre de María Elisa Lenis y las otras dos directamente por el señor Carlos Azcárate Becerra; que éste le pagó los honorarios respectivos, y se interesó por aquélla en tales trances, que era amoroso con los hijos de la Lenis y oyó decir a los vecinos del barrio "El Molino" que Azcárate era el padre de los hijos de ésta; que "durante el tiempo que yo ví a los mentados Martha, Olga y Mario, se parecían físicamente a la familia Azcárate" y quienes nacieron según los datos de las partidas de bautizo el 24 de marzo de 1926, el 14 de diciembre de 1927 y el 30 de diciembre de 1930.

Mercedes Valverde: Declara que Azcárate y María Elisa Lenis, le solicitaron que le "sirviera de

madrina en el bautizo de su hija natural que se llamó Martha Libia", hecho que se efectuó en marzo de 1926, según la partida de bautizo.

Enrique Rivera Sanclemente

"Recuerdo que en el año de 1927, no tengo seguridad si en el mes de diciembre, fui buscado por mi amigo Carlos Azcárate Becerra, para que le sirviera de padrino de un niño que supe era hijo de una muchacha María Elisa Lenis, pero él no me confesó que fuera hijo natural de él. Como yo veía ir con frecuencia a Azcárate Becerra a la casa donde vivía María Elisa Lenis y tuve referencias de que aquél y ésta mantenían relaciones ilícitas, supuse yo que el muchacho a quien iba a servir de padrino era hijo natural de Carlos Azcárate como frutos de relaciones con María Elisa Lenis". Yo veía el carro allí, en la puerta de la casa de María Elisa Lenis".

María Teresa Aldana. Afirma en la primera declaración que había sido buscada por Azcárate para madrina de la menor Olga, pero posteriormente rectificó esta afirmación en el sentido de aclarar que lo que pasó fué que María Elisa Lenis le escribió una tarjeta designándola madrina, año de 1930.

Jesús María Caicedo D. "Me consta por haber sido vecino de María Elisa Lenis en los años de 1926 a 1930, que ésta mantenía relaciones con el señor Carlos Azcárate B., pues María Elisa vivía en una casa de propiedad del señor Azcárate B., situada en la carrera 3ª entre calles 6ª y 7ª de esta ciudad y me consta que de la unión de María Elisa Lenis con el señor Carlos Azcárate B., nacieron tres hijos llamados Martha, Mario y Olga Lenis"... "Yo no recuerdo si conmigo dejó el señor Carlos Azcárate alguna vez dinero para María Elisa Lenis, pero con mi señora es auténtico y positivo que con algunos intervalos le dejaba unas veces cuarenta pesos, otras treinta o cincuenta pesos semanales para María Elisa. Esto ocurría cuando el señor Azcárate disgustaba con María Elisa".

Doctor Mario Correa Rengifo. "Recientemente llegado a Buga y establecido en esa ciudad como médico, el señor don Carlos Azcárate Becerra me solicitó que atendiera un parto de una muchacha; que poco después, por varios incidentes, comprendí que podía tener relaciones o hacer vida marital con ella el señor Azcárate. En cuanto al pago de honorarios por este servicio, puedo garantizar que fueron cubiertos por el señor Azcárate".

Pablo Julio Valverde. "Por haberme entregado una vez una orden escrita firmada por María Elisa Lenis, en solicitud de dinero y dirigida al señor Pablo Julio Azcárate, hermano de don Carlos, me dí cuenta que éste suministraba dinero a la citada María Elisa, en el tiempo en que el último estuvo enfermo en Bogotá, y el mismo señor Pablo Julio Azcárate me dijo que esos dineros que él le daba a María Elisa Lenis, se los reconocía D. Carlos Azcárate. Me consta que el señor Carlos Azcárate vivía con María Elisa Lenis en la casa situada en el barrio "El Molino", pero no puedo asegurar que los hijos de María Elisa, llamados Martha, Olga y Mario, fueran hijos naturales del señor Azcárate. Yo siempre que pasaba por la casa donde vivía María Elisa Lenis, veía salir a don Carlos Azcárate, de allí... Y también supe cuando don Carlos Azcárate, allá por el año de 1924, se sacó a María Elisa Lenis de su casa, para vivir con ella".

Alberto Ortíz Arana. Conoció a María Elisa Lenis viviendo durante mucho tiempo en una casa situada en la carrera 3ª entre calles 6ª y 7ª, de propiedad de don Carlos Azcárate.

"Es cierto, me consta que desde antes de 1930, la citada María Elisa Lenis sostenía relaciones con don Carlos Azcárate y es cierto igualmente que fué don Carlos Azcárate quien la sacó de su casa y la llevó a vivir con él en la casa de su propiedad a que me he referido antes. Es cierto que conozco a los tres niños de María Elisa Lenis, llamados Martha, Olga y Mario y que fueron nacidos antes de 1930, lo que me consta, como es cierto también que tales niños han sido reputados en el vecindario donde habitó y en donde vivía por aquella época María Elisa Lenis, como hijos naturales de don Carlos Azcárate B".

Nacianceno López Soto. "Nací en esta ciudad; aquí en Buga he vivido toda la vida en el barrio de "El Molino" nací y me crié; hace unos quince años o diez años me trasladé a "La Merced"; en "El Molino" viví en la carrera 3ª entre calles 6ª y 7ª, vecino con una casa del finado Carlos Azcárate, como quien dice pared y solar de por medio; esta casa la alquilé a la señora Adela Lorza; allí viví unos cinco o seis años; en la casa vecina, la de don Carlos Azcárate vivía María Elisa Lenis, quien hacía vida marital con el señor Carlos Azcárate; allí viví del año veinticinco al año treinta y uno. Conozco a la señora María Elisa Lenis, es élla

morena trigueña, hija de la señora Maximiliana Lenis, como ya dije la conocí viviendo con don Carlos Azcárate, en la casa vecina a que me refiero, de pared y solar por medio".

Antonio A. Casañas S. Afirma que vivía en los años de 1924 a 1930, "en una casa situada en la calle 7ª con carrera 4ª y 5ª en casa propia. Que "le consta que María Elisa Lenis, a quien en el año de 1924, ya conocía de vista, habitaba una casita situada en la carrera 3ª, entre calles 6ª y 7ª, y se decía que el dueño de tal casita era el señor don Carlos Azcárate B.

Preguntado, que "si en el lapso comprendido entre 1924 y 1931, o parte de ese lapso María Elisa Lenis vivió en una casita que se decía pertenecía al señor Carlos Azcárate Becerra, lo manifestado sobre el particular significaba que éste y María Elisa Lenis, hacían vida marital y por éso ella vivía en casa perteneciente a dicho señor, dijo: "Sí, porque siendo don Carlos Azcárate padrino de dos de mis hermanos él iba a mi casa y hubo una vez que dijo que él tenía dos hijos en María Elisa Lenis y que por éso estaba progresando mucho su familia; que "se refería a un niño y a una niña". Preguntado nuevamente con base en lapso comprendido de 1924 a 1931, y afirmado que vivía en el mismo sector de la casa ocupada por la Lenis, si le consta o vió que el señor Carlos Azcárate Becerra entraba a dicha casa con frecuencia, contestó: "Me consta haberlo visto entrar varias veces a dicha casa donde vivía María Elisa Lenis, y por las conversaciones que tuve con algunas de las familias del vecindario de María Elisa Lenis, me dí cuenta que varias personas de ese sector tenían la opinión de que don Carlos Azcárate y María Elisa Lenis tenían relaciones o hacían vida marital estable".

Además, fueron allegados al proceso numerosos testimonios, que si versan sobre las relaciones sexuales estables y notorias de Azcárate Becerra y la Lenis, se refieren a épocas posteriores a 1931, y no dan base para relacionarlos con la de la concepción de los hijos, es los cuales en síntesis se expresa:

Rafael Duque S. "Que en el año de 1937, uno de los alumnos matriculados en el "Instituto Juan Bosco", establecimiento de educación privada, abierto por él en 1935, fué Mario Lenis, "que aparece en la casilla respectiva con nueve años de edad y suscrita la matrícula por el señor Carlos Azcárate Becerra, quien manifestó que ése era su hijo natural, y se hizo figurar como madre a María Elisa Lenis"; que el mismo Azcárate le pagaba al testigo "la suma de un peso mensual en los dos o tres primeros meses, y luego voluntariamente pagaba dos pesos como pensión de su hijo Mario Lenis"; "que con alguna regularidad el nombrado señor Azcárate B., siempre con el interés del padre de familia, tomaba informes acerca de los estudios y conducta del mencionado Mario Lenis", a quien por tales circunstancias el deponente "consideraba y considera como hijo natural del señor Carlos Azcárate Becerra".

María Josefa García. Afirma que Carlos Azcárate B. matriculó a Mario y Olga Lenis en una escuelita privada "Inmaculada Concepción", que la declarante dirigía en la ciudad de Buga, y que personalmente demostró interés porque aprendieran las primeras nociones, sin ocultar que tales niños eran sus hijos naturales, pues llegó hasta a reclamarle a la declarante por qué inscribía a los niños les enseñaba a firmar con el apellido Lenis, expresando "si era que no quería llevar su apellido", por lo cual tales niños figuraron desde entonces en la escuela con el apellido Azcárate". Esto aconció en el año de 1936.

Juan Bautista Escobar. Declare que en 1942 y 1943, don Carlos Azcárate B., lo recomendó para llevarle mensualmente a la señorita Graciana Alvarez la cantidad de veinticinco pesos ($ 25.00) valor de la pensión de enseñanza e internado de Marta Cecilia Lenis, en el colegio que aquella señorita dirigía en Buga. Que don Carlos no llegó a decirle que la dicha niña Marta, a quien le pagaba la pensión del colegio, fuera hija natural de él, pero suponía por el hecho anotado, y porque "la niña le mandaba cartas que la misma señorita Graciana Alvarez me decía que la niña que le llevara esa carta a su papá".

Roberto Valverde. Afirma que "cuando don Carlos Azcárate tenía el negocio de pesa" en la Galería de Buga, la Lenis "iba todas las mañanas a recibir carne en ese puesto de don Carlos; cuando élla no iba, veía a los muchachos Marta y Olga, hijos de María Elisa, que iban por carne"; que Azcárate le decía al testigo y a los que allí trabajaban "que les daba a esos muchachos para ayudarles porque eran hijos naturales de él y que María Elisa era una mujer a quien quería mucho porque era muy hembra".

Rafael Sánchez y Carmelina de Sánchez. Declaran haber suministrado leche y otros artículos de

la tienda que tuvieron en el barrio de "El Molino" en Buga, para los hijos de María Elisa Lenis, por solicitud y orden expresa de Carlos Azcárate Becerra, quien cubría oportunamente la cuenta de aquellos gastos. En la misma época contrató con Adela Sánchez, hija de aquéllos, la confección de vestidos para los niños en referencia.

Carmelina Plata. "Confeccioné unos vestidos para Marta Lenis hija de María Elisa Lenis. Recuerdo que don Carlos Azcárate me llevó tres niños a mi casa, para que les confeccionara vestidos, no recuerdo si a Olga le hice vestido, o sea la segunda niñita, porque el interés de él era que le hiciera vestido a Marta, la mayor; que hacía la primera comunión. Pero él después volvió, me llevó unas telas y recuerdo que le hice vestido a un varoncito. El señor Azcárate corrió con todos los gastos de los vestidos".

Daniel Hernández. Declara que el año de 1927 o 1928 construyó por orden de don Carlos Azcárate B., una cama y una cuna para un niño que le dijo Azcárate tenía en María Elisa Lenis, y después le acompañó por varias ocasiones en visitas a casa de María Elisa Lenis, y presenció "que en una ocasión el señor Carlos Azcárate montó en su automóvil a dos de dichos menores".

Tomás Rodríguez. Afirma que don Carlos Azcárate le dejaba en ciertas ocasiones cantidades de dinero, para que se las entregara a María Elisa Lenis, pero dice desconocer las relaciones entre Azcárate y la Lenis.

Ramón González. Declara que en los años de 1940 a 1942, como vecino de María Elisa Lenis en la carrera 8ª, calles 9ª y 10ª de Buga, presenció en distintas ocasiones que don Carlos Azcárate llegaba hasta la puerta de la casa de María Elisa Lenis, "les hacía cariños a los menores Marta, Olga y Mario Lenis, le daba dinero a la mayor de las niñas, o sea a Marta, y ese vecindario se decía que esos muchachos eran hijos naturales de don Carlos Azcárate B".

Julio C. Andrade. Declara que a mediados de 1944 fué autorizado por don Carlos Azcárate para prestarles servicios de dentistería a Marta y Olga Lenis, servicios que una vez prestados le fueron pagados personalmente por aquél".

Hernando Isaacs. Dice que "entre los años de 1927 a 1930, más o menos, por solicitud de Carlos Azcárate B., prestó servicios mdicos aplicándoles inyecciones a una niñita de unos seis meses de edad, en casa de María Elisa Lenis, sin haber tenido referencias sobre los motivos que inducían a Azcárate a solicitar y pagar sus servicios.

En el presente caso, ante el acervo de pruebas, aún considerándolas con criterio rígido y severo, ha de concluírse que las relaciones sexuales entre María Elisa Lenis y don Carlos Azcárate Becerra, fueron estables, permanentes en la época en que el legislador presume de derecho la concepción, fueron reales y verdaderas; esto es, que hay plena prueba sobre ellas, al menos con los varios testimonios transcritos en la primera parte de esta decisión, que comprenden el lapso de 1924 a 1931, sin perder de vista el respaldo que le dan los otros testimonios que se refieren al tratamiento dado por Carlos Azcárate B. a sus pretensos hijos a partir del último año citado, hasta días antes de su muerte. Según los testimonios y en especial los que aluden al período de 1924 a 1931, las relaciones sexuales comenzaron en el primer año citado y continuaron hasta 1931, en que hubo diferencias entre los amantes. Así, el requisito legal de que los hijos hubiesen nacido después de ciento ochenta días de comenzadas las relaciones se cumplió; y como hablan de que se veían frecuentemente, y de que así estuvieron por más de cinco años, suministrándole además Azcárate Becerra a la Lenis, para sus hijos, todo lo necesario y de que entraba a su casa, tiénese que "ante la ley están demostrados los requisitos de notoriedad y estabilidad en las relaciones: eran notorias, porque no tenían el carácter oculto o clandestino", tanto, que el causante le daba todo lo necesario a la Lenis, como a los hijos, los visitaba frecuentemente, acariciaba a éstos y hablaba de que eran sus hijos.

Los declarantes establecen en conjunto que esas relaciones estaban a la vista de todo el que quisiera darse cuenta de éllas, de lo cual, surge la característica general de estabilidad, opuesta a la de accidental, ocasional o simplemente inestable". Tan estables eran las relaciones que duraron cinco años, al menos, en forma contínua, según los testigos aludidos.

La prueba testimonial es el medio usado generalmente para establecer la veracidad de las relaciones sexuales. Lo numeroso de los testigos que, en este caso, deponen por conocimiento directo, es por sí demostración de la notoriedad que deben 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 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 deben 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 artículo 214 del C. C.".

A todo aquel acervo probatorio testimonial, aúnanse las presunciones graves que emanan de los escritos firmados por Carlos Azcárate Becerra: la matrícula de Mario en 1937 en el Instituto "Juan Bosco", acto no tachado y confirmado con la diligencia de inspección ocular practicada en los libros de matrículas de este establecimiento de educación; y el acta de conminación ante el Alcalde y su Secretario, que si no constituyen una confesión inequívoca de paternidad, por las circunstancias en que se produjeron, sí por lo menos, constituyen un principio de prueba por escrito del reconocimiento de esa paternidad que completan aquel acervo, no sólo en cuanto a la existencia de las relaciones estables entre Azcárate Becerra y María Elisa Lenis, supuesto del numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, sino también el de la posesión notoria del estado de hijos naturales de los menores Martha, Mario y Olga Lenis, en relación con el primero de los nombrados, supuesto analizado prolijamente por el señor Juez del Circuito Civil de Buga en el fallo de primera instancia y que la Sala acoge en esta parte.

En concepto de la Sala, dedúcese de la múltiple prueba testimonial, de las presunciones que emergen del principio de prueba por escrito, y en general, de todo el haz probatorio, la existencia de las relaciones sexuales estables entre Carlos Azcárate Becerra y María Elisa Lenis, así como la notoria posesión del estado civil de hijos naturales de los menores ya nombrados, con respecto a Azcárate Becerra.

Acción de simulación

La fisonomía de una acción se determina por sus condiciones de ejercicio. La de simulación tiene como requisitos indispensables para ponerla en movimiento: a) La titularidad de un derecho subjetivo existente, o la presencia de una relación jurídica amenazada por el acto o contrato aparente; y b) Que el derecho o la situación jurídica puedan ser afectados con la conservación del aparente. Todo lo cual puede resumirse en la determinación del interés jurídico, fundamento específico y fuente de legitimación de toda acción procesal.

"En acciones de esta naturaleza, en las que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de la acción, tales principios sobre el interés 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 legitima su acción.

"Tratándose de la simulación propiamente dicha, del ejercicio de su acción específica, tendiente, como se sabe, a que prevalezca el acto secreto sobre lo declarado por las partes en el público u ostensible, se ha dicho, con aplicación del principio general de que sin interés no hay acción, que puede ejercerla todo el que tenga interés jurídico en la declaración de simulación, entendiendo por tal el que resulta de la concurrencia de dos requisitos esenciales: que el demandante alegue un derecho propio y actual y de que es titular, y no una mera expectativa; y además, un perjuicio causado directamente por la conservación del acto simulado. Esto es, según frase muy comprensiva "un interés protegido por la ley".

Por otra parte, "la acción consagrada en el artículo 4º de 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 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".

Juicios aquéllos de la jurisprudencia, de donde ha de deducirse, la conclusión de que, quien ostenta un derecho con base en una de las situaciones o relaciones previstas en los ordinales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, conlleva el ejercicio de la acción de simulación, aún en el supuesto de discutirse judicialmente ese derecho, porque éste, auncuando discutido, no ha sido desconocido, y en tal virtud no ha perdido su eficacia. Y, porque, la acción de simulación, que en estos casos se hace depender de la declaración judicial o reconocimiento del estado civil de hijo natural, no tiene otro objeto o fin que garantizar e impedir que se consuma el daño o el perjuicio que amenaza las relaciones patrimoniales que nacen con la muerte del padre, con la apariencia creada por el acto o contrato simulado. Daño o perjuicio que puede llegar a ser irreparable al tiempo de producirse la declaración o reconocimiento por separado, si se exige este requisito previo, al ejercicio de la acción de simulación, y que dejaría sin protección ni eficacia práctica alguna, por otra parte, los derechos que nacen o que son anexos al título de hijo natural. Más, si se tiene en cuenta, toda la posibilidad de la presencia de terceros adquirentes de buena fe de los bienes objeto del acto o contrato simulado y contra quienes no es oponible la futura declaración de la simulación.

Bien sabido es que cuando el heredero ataca un acto dispositivo de su causante, su pretensión puede asumir dos situaciones diferentes, según que ocupe el puesto que tendría el causante en vida, o que reclame como lesionado en su derecho herencial, porque con la ficción se le haya privado indebidamente del todo o parte de la herencia. En este último caso, el heredero se presenta como un tercero obrando **per se** que busca deshacer el agravio inferido. En el otro caso, la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos del causante, y de consiguiente, como continuador de la personalidad del **de cujus**, ejerce la acción que éste habría ejercido por sí mismo frente al adquirente fingido.

En el caso sub-judice, bien establecido está que los demandantes se presentaron al debate en calidad de herederos universales de Carlos Azcárate Becerra, y para su sucesión reclaman las resultas del juicio, que ciertos bienes regresen al patrimonio sucesoral, título suficiente justificativo de su "causa petendi".

Por lo demás, los demandantes Martha, Olga y Mario Lenis, en la forma que se deja establecida en la primera parte de esta decisión, han acreditado ser hijos naturales de Carlos Azcárate Becerra; la defunción de éste acaecida en el año de 1945, con la respectiva partida del registro civil y su consiguiente calidad de herederos en la sucesión de su padre.

También quedó acreditada la existencia de la escritura pública número 1932 de 26 de octubre de 1945, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Buga, en la cual se hacen constar las ventas simuladas que hizo Carlos Azcárate Becerra a sus hermanos legítimos Alfonso y Juan José Azcárate B. Así como la de los contratos sobre ventas de los semovientes y del automóvil a los antes nombrados y a sus hermanas legítimas María, Dolores y Lucila Azcárate B., con la confesión de los mismos.

En el término probatorio de la primera y la segunda instancias, se produjeron varias pruebas, tendientes a demostrar la simulación incoada de las que se mencionarán aquellas que son suficientes para reconocer el derecho que asiste a los demandantes.

La escritura 1932 de 26 de octubre de 1945, en su cláusula **"primera"** contiene la estipulación siguiente: "Que transfiere a título de venta a los señores **Alfonso Azcárate B.** y **Juan José Azcárate B.**, el derecho de dominio y la posesión que tienen sobre los siguientes bienes: **a Alfonso Azcárate B.**, los siguientes:

"a) Un lote de terreno de ciento sesenta plazas, (160), cubierto de pastos artificiales y sementeras, con una casita de habitación, ubicada en jurisdicción del Municipio de Palmira y comprendido entre los siguientes linderos especiales: por el norte, río Amaime; por el sur, propiedad de Laura Azcárate de Azcárate, por el oriente, "La Olga", de Alejandro Martínez Crespo; y por el occidente, potrero denominado "La Campana" y propiedad de Juan José Azcárate B. Este lote carga con servidumbre de tránsito a favor del predio colindante denominado "La Olga". b) Una casa de habitación, ubicada en la ciudad de Buga, Municipio del mismo nombre, situada en la carrera trece (13) y alinderada así: al oriente, la carrera trece (13); al Norte, con casa de la señora Encarnación Erazo; al

occidente, con solar que fué de Jorge Enrique Azcárate; y al Sur, con casa de Dolores Azcárate.

"Al señor **Juan José Azcárate B.,** los siguientes bienes: a) Un lote de terreno, cubierto de pasto artificial, denominado "La Campana", ubicada en el Municipio de Palmira y determinado por los siguientes linderos: Norte, propiedad de Juan José Azcárate y propiedad que vende a Alfonso Azcárate; Sur, callejón conocido con el nombre de "La Campana"; Oriente, con propiedad de "La Rivera"; y Occidente, predios de José Guzmán y Modesto Cuero. b) Una casa de habitación, ubicada en el área urbana de esta ciudad de Buga, Municipio del mismo nombre, en la carrera diez (10) entre calles quinta y sexta (5ª y 6ª) y alinderada así: Occidente, la carrera diez (10); Norte, casa de Blanca Julia Azcárate de Muñoz; Sur, casa de Rafaela Ospina y hermana; Oriente, casa de Jorge H. Tascón".

Y en la segunda **cláusula se dice:** "El precio de estas ventas es el siguiente: el lote vendido a Alfonso Azcárate en cuarenta y ocho mil pesos ($ 48.000.00) y la casa vendida al mismo en cuatro mil pesos ($ 4.000.00). El lote vendido a Juan José Azcárate en veintisiete mil pesos ($ 27.000.00) y la casa vendida al mismo en seis mil pesos ($ 6.000.00). Valores éstos que el exponente declara tener recibidos de manos de los compradores en dinero y a su satisfacción".

La misma escritura 1932, se extendió o escribió en el Despacho del Notario que la autoriza, según minuta presentada por los interesados, y una vez preparada para su inserción en el protocolo, se trasladó aquel funcionario a la habitación del otorgante vendedor Carlos Azcárate Becerra, quien se encontraba en su lecho de enfermo, donde le fué leída, y por estar imposibilitado para firmar, lo hizo a su ruego el testigo Francisco Gutiérrez (Testimonios de los señores Notario, testigos instrumentales y del firmante a ruego).

Las confesiones de los compradores, hermanos Azcárate Becerra, hechas en la absolución de posiciones en primera y segunda instancia, consistentes en las afirmaciones categóricas, de que ni antes, ni en el acto de firmarse la escritura 1932, pagaron el precio que allí se fija; que la estipulación de tal precio y el pago ocurrieron posteriormente al acto del otorgamiento de la escritura, en momentos en que se encontraban perfectamente solos con el vendedor su hermano Carlos Azcárate Becerra, y que ni siquiera presenciaron tales hechos las hermanas María, Dolores y Lucila quienes asistían al enfermo permanentemente por su estado de gravedad. Confesiones que tienen todo el respaldo del dicho del Notario y de los testigos instrumentales, quedando así evidenciado que, ni antes de leerse la escritura ni en el momento de firmarse se había fijado el precio de las ventas, ni que éste se pagara en aquel momento, ni se habló de la dación en pago a que alude el demandado Alfonso Azcárate B.

Las mismas confesiones, evidencian el hecho de que el pago —que dicen efectuaron los compradores— se ejecutó sin dejar constancia alguna escrita de él, y sin que nadie lo presenciara, a pesar de la grave enfermedad que aquejaba a quien debía recibir. Esto está confirmado con el testimonio de las hermanas María, Dolores y Lucila Azcárate Becerra.

Las partidas de matrimonio de los padres de los demandados, de bautismo de éstos y la de Carlos Azcárate Becerra, acreditan el parentesco en grado de hermanos legítimos entre aquéllos y éste.

También está acreditada en los autos: la enfermedad grave del señor Carlos Azcárate Becerra, para la fecha en que los contratos se celebraron a fines de octubre de 1945, y que a consecuencia de ella falleció el 13 de noviembre del mismo año; que durante la gravedad permaneció en casa de sus hermanas, quienes le prodigaron todas las atenciones y cuidados que el caso requería; la notoria capacidad económica de Carlos Azcárate Becerra antes y en el momento de su muerte, y el hecho singular de no aparecer en los días inmediatos a su muerte, bienes de ninguna naturaleza de los que constituían su patrimonio, ni entradas ni salidas en el movimiento de su cuenta corriente, ni siquiera el dinero efectivo que se dice fué entregado como precio de las ventas, hasta el extremo de que sus hermanos, los compradors, tuvieron que atender personalmente a los gastos de funerales y entierro.

Hechos aquéllos, que según los autores y la jurisprudencia, constituyen los indicios y presunciones, con base en los cuales, se deduce generalmente la simulación de los actos y contratos jurídicos.

Los mismos indicios y presunciones concurren en los contratos de ventas de los semovientes y del automóvil, con la circunstancia especial de que estos contratos, no se hicieron constar por escrito y que sólo se llegó a demostrar su existencia con la confesión de los compradores.

La exposición que precede sobre el caso sub-judice, es suficiente a establecer la simulación de los contratos de ventas de los inmuebles efectuados por Carlos Azcárate Becerra en favor de los demandados Alfonso y Juan José Azcárate B., contenidos en la escritura pública número 1932 de 26

de octubre de 1945; y la de los de venta de los semovientes y del automóvi efectuados a favor de éstos y de Jorge Enrique, María, Dolores y Lucila Azcárate B., con las consecuencias legales que la respectiva declaración implica.

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 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, expedida el 19 de octubre de 1949; confirma, adicionándola, la de 11 de agosto de 1948 del Juzgado Civil del Circuito del mismo lugar, la cual quedará así:

"**Primero.**—Declárase que los menores Martha, Olga y Mario Lenis, son hijos naturales del señor Carlos Azcárate Becerra;

"**Segundo.**—Los mencionados menores, en la calidad que se les reconoce, tienen derecho a heredar a su padre natural, señor Carlos Azcárate Becerra".

Tercero.—Declárase que son simulados y carecen de todo valor legal y eficacia jurídica, los contratos contenidos en la escritura pública número 1932 de 26 de octubre de 1945, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Buga, registrada en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Palmira y Buga, celebrados entre Carlos Azcárate Becerra y Alfonso y Juan José Azcárate B., según los cuales se dijo vender los bienes inmuebles allí especificados; y los de venta de los semovientes y del automóvil marca "**De Soto**", singularizados en los hechos **décimo sexto** a **décimo noveno**, del libelo de demanda.

Cuarto. — Ordénase la cancelación del registro del título escriturario en que figuran los contratos de compraventa citados en el punto **tercero** de esta parte resolutiva de la decisión, para lo cual se librarán los oficios correspondientes.

Quinto.—Ordénase a los demandados **Alfonso** y **Juan José Azcárate B.**, restituír a la sucesión de don **Carlos Azcárate Becerra,** representada por los demandantes, los bienes inmuebles especificados en la cláusula marcada con el número **Primero** de la escritura pública 1932 de 26 de octubre de 1945, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Buga, junto con sus frutos civiles y naturales desde la fecha en que entraron en posesión de dichos inmuebles; entrega que deberá hacerse dentro del término de diez días contados a partir de la ejecutoria del presente fallo.

Sexto. — Ordénase a los demandados Alfonso, Juan José, Jorge Enrique, María, Dolores y Lucila Azcárate B., restituír a la sucesión de don Carlos Azcárate Becerra, los bienes semovientes y el automóvil marca "**De Soto**", determinados en los hechos **décimo sexto** a**décimo octavo** de la demanda, junto con sus frutos civiles y naturales a partir de la fecha de la notificación de la demanda; entrega que deberá hacerse dentro de los diez siguientes a la ejecutoria de este fallo.

Séptimo.—Regístrese esta sentencia una vez ejecutoriada.

Costas en las instancias a cargo de los demandados.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Güalberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — PRESUNCION DE CULPABILIDAD POR ACTIVIDADES PELIGROSAS.— CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—Como lo ha dicho la Corte: "no hay que perder de vista que la presunción, en tales casos (los de actividades peligrosas), es sólo de culpabilidad, es decir, que al damnificado le corresponde demostrar plenamente el hecho perjudicial y la relación de causalidad entre éste y el daño que originó, los cuales no se presumen; probando que el hecho ocurrió y que produjo el perjuicio, la culpabilidad del agente directo o indirecto, que lo hace responsable civilmente, queda establecida por presunción legal que él debería destruir, si quiere liberarse". (Casación de 10 de junio de 1952. Ramona Pitalúa contra el Municipio de Cartagena. G. J. números 2116-2117).

2.—Es jurídicamente imposible sostener que hay falta de consonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, si esas pretensiones han sido completamente negadas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala B. de Casación Civil.—Bogotá, once de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

Andrés Quirós contra el Municipio de Cali

Antecedentes

El doctor Jorge Arturo Quirós, abogado vecino de Bogotá, hallándose de paso por la ciudad de Cali, fue en compañía de otras personas a visitar el matadero municipal, en la noche del once al doce de enero de 1941, según los datos del proceso. El sistema de sacrificio es en parte manual y en parte mecánico. Se conduce a la res a una casilla metálica para golpearla fuertemente en la cabeza con un martillo especial cuyo golpe sirve para aturdirla sin causarle la muerte y poder degollarla estando inconsciente pero viva, pues se dice que, de ese modo, la circulación sigue funcionando hasta que el corazón se paraliza por desangre, lo cual mejora la calidad de la carne. Después de aturdir al animal en la casilla metálica, se le arroja mecánicamente al suelo del salón destinado al degüello.

Un novillo que sacrificaban aquella noche, no recibió golpe suficientemente fuerte para dejarlo aturdido, porque al lanzarlo de la casilla metálica al sitio del degüello, se levantó y echó a andar causando sorpresa en los asistentes, la cual se convirtió en pánico que se apoderó del doctor Quirós, quien víctima de la depresión nerviosa se precipitó a buscar un sitio donde sentirse seguro de posibles ataques del animal.

El doctor Quirós, en desatentada carrera, llegó hasta el compartimento donde se lavan vísceras y están puestas unas mesas metálicas destinadas a depositar los productos lavados que luego se colocan en garfios que penden de una barra de hierro colocada a cierta altura sobre la superficie de las mesas. A una de éstas se subió el abogado, pero no creyéndose seguro, intentó trepar a la barra de hierro, ejecutando un movimiento con tan mala suerte que resbaló y vino a quedar montado sobre uno de aquellos garfios que se le incrustó en la región inguinal, destrozándole posiblemente un vaso importante.

El demandante relaciona este hecho en la siguiente forma, que reproduce el apoderado especial de la parte opositora en la Corte así:

"El doctor Quirós se causó la herida que le produjo la muerte bajo la acción morbosa de invencible pánico. El peligro a que se vio abocado fue tan grave e inminente para él —si no objetiva, por lo menos subjetivamente—; se le apareció tal peligro en forma inesperada y súbita, y lo sorprendió en condiciones psicológicas tan desfavorables, que su sistema nervioso todavía perfectamente excitado por la primera sensación de terror que le había causado el novillo, que sus precipitados y atolondrados movimientos no pudieron ser conscientes, ni alcanzaron a ser controlados por las fuerzas inhibitorias de la reflexión y del análisis, sino que fueron, por fuerza de las circunstancias, meros actos reflejos o automáticos impuestos a su voluntad por el instinto de defensa".

La copia de la partida de defunción contiene el siguiente pasaje relativo a la causa de la muerte:

"Que la causa de la muerte fue hemorragia gra-

ve por herida cortante y punzante que la certificó el doctor Carlos Solarte". Por su parte el demandante afirma que la herida se la causó el propio doctor Quirós, involuntaria e inadvertidamente, con uno de los ganchos que sirven para colocar vísceras de cerdos en el matadero público de Cali.

Contra el Municipio dueño del matadero y contra las Empresas Municipales administradoras de aquel establecimiento, el padre del doctor Quirós, y sus hermanos menores entablaron demanda ordinaria en que piden indemnización de perjuicios, alegando culpa extracontractual y responsabilidad consiguiente a cargo de los demandados.

El Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, al cual correspondió el negocio por reparto, lo decidió con la sentencia de primera instancia dictada el 11 de agosto de 1943, en que rechaza las excepciones o medios de defensa propuestos por los demandados a quienes condena como civilmente responsables de todos los daños sufridos por la parte demandante, con la muerte del doctor Jorge Arturo Quirós y remite la regulación de esos daños al trámite señalado por el artículo 553 del C. J.

Ambas partes apelaron y, concedido que les fue el recurso, subió el asunto al conocimiento del Tribunal, donde surtida normalmente la segunda instancia se produjo el fallo que se estudia en seguida y es materia del recurso de casación.

La sentencia acusada

La pronunció el Tribunal el 16 de septiembre de 1947 y en su parte motiva se destacan, como conceptos fundamentales, los siguientes:

"En primer lugar (dice el Tribunal) debe estudiarse si los demandantes tienen personería jurídica para intervenir en el presente juicio en reclamo de perjuicios morales y materiales por la muerte del extinto (sic) doctor Jorge Arturo Quirós Guerrero; y en segundo si están acreditados los hechos que dieron lugar a la iniciación del proceso; si tales hechos ocurrieron por culpa de los demàndados o por el contrario corresponde a éstos y a la víctima y si la sola imprudencia de ésta dio lugar de manera principal a la herida que consecuencialmente, le causó la muerte".

Al estimar el interés jurídico, observa el fallo que la acción ejercida por los demandantes no se funda en la calidad de herederos del doctor Quirós, porque no se trata de un bien patrimonial del causante; sino que la referida personería sustantiva se deriva del derecho de los reclamantes para obtener reparación del daño, sufrido con la muerte del doctor Quirós, porque está probado que él sufragaba a los gastos de subsistencia y educación de los demandantes, como único sostén de la familia.

Entra luego la sentencia a estudiar lo relativo a la culpa extracontractual alegada y, tomando como punto de partida la investigación de los tres elementos que deben conjugarse de acuerdo con la ley, para poder deducir la responsabilidad aquiliana, el Tribunal se hace cargo del daño, de la culpa y del vínculo de causalidad entre uno y otra.

Teniendo por probada la existencia del daño, consistente en la supresión de la vida de una persona que era quien proveía a los gastos de subsistencia y educación de sus familiares, el Tribunal plantea y resuelve lo relativo al vínculo de causalidad entre el daño y la culpa, así:

"En el caso de autos está acreditado, según se dijo anteriormente, la muerte del doctor Jorge Arturo Quirós con la respectiva partida de defunción acompañada a la demanda; pero no en forma legal la causa de la muerte, pues, para establecer ésta, era necesario un dictamen médico que estableciera sin lugar a duda las relaciones de causalidad entre la herida que se causó el doctor Quirós en las circunstancias relacionadas antes y la defunción posterior del mismo, y sobre el particular sólo hay datos indirectos que resultan de algunas declaraciones recogidas en el proceso. Y aunque los demandados en algunos pasajes de sus escritos reconocen las circunstancias en la defunción del doctor Quirós Guerrero, tal reconocimiento no alcanza a suplir la prueba echada de menos, pues por una parte el reconocimiento se refiere a las circunstancias en que el doctor Quirós se causó la herida o lesión, pero no a la relación causal determinante establecida de ésta con la muerte de dicho doctor; y en segundo lugar se trata de una cuestión, que no es susceptible de probarse por confesión o reconocimiento del demandado, pues aceptando este modo contra la ley y contra la técnica procedimental, quedaría flotando en el ambiente del proceso la probabilidad de que un factor concomitante con la herida reconocida hubiera sido la verdadera causa inmediata y eficiente de la muerte. Esto ocurre por falta de prueba adecuada al hecho (sic) a la relación referida, que es fundamento para la prosperidad del proceso en armonía con las pretensiones de la demanda".

Desatado como se ve el problema sobre el vínculo de causalidad entre el daño y la culpa, sigue el Tribunal considerando ésta encauzado por el derrotero que traza la demanda; o sea, partiendo de la hipótesis del artículo 2356 del C. C. en donde se consig-

na, según recto criterio de la jurisprudencia, una presunción de peligrosidad.

Es así como se estudia si en el matadero de Cali había ejercicio, por parte del Municipio y de las Empresas Municipales, de lo que se llama *actividades peligrosas*. Al respecto dice el fallo:

"*Actividades peligrosas.*—En el sacrificio del ganado que se da al expendio en esta ciudad se ejercita una actividad peligrosa como quiere el demandante se declare, según la petición primera de la demanda?

"Entendemos por actividades peligrosas aquellas que ejecutadas por un agente responsable en circunstancias normales, y por condiciones propias de la misma, pueden causar daño a terceros, por lo cual se exige que el agente que ejecuta tales actividades obre con suma prudencia, como cuando se maneja un automóvil o un ferrocarril en las zonas de tránsito urbano, o se conduce por ellas un animal bravío a horas inconvenientes y sin las seguridades del caso, para evitar o impedir que cause daño a los transeúntes de dichas zonas.

"Pero las actividades que normalmente se desarrollan dentro del matadero público del Municipio de Cali no tienen el carácter de *peligrosas*, porque en lo general se sacrifican con (sic) animales domesticados o aún domésticos, que viven bajo la dependencia del hombre y atienden su dominio, y no toros de lidia, o que estén viviendo en estado salvaje. (V. artículo 687 del C. C.).

"Pero aún en el caso de que se tratara de uno de estos últimos animales, las labores de sacrificio y beneficio desarrolladas dentro del matadero no tendrían tal carácter, por las condiciones en que se ejecutan y las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que son realizadas y que se han relacionado con nimios detalles en el expediente.

"Por esto que al referirse a la probabilidad de un peligro para los asistentes al matadero que se menciona en el hecho 25 de la demanda, y al contestar ésta, diga el apoderado de las empresas: '...no había por qué anunciar la posibilidad de peligro alguno, puesto que no lo hay. El matadero público de Cali se halla instalado conforme a los principios más modernos de la técnica, de manera que para nadie constituye peligro ir a visitarlo'.

"Además, se ha visto que el puesto de donde cae el novillo una vez que ha recibido el golpe del descabello, por su construcción, declive y agua y sangre que le cae (sic) se vuelve extremadamente resbaladizo una vez humedecido, hasta el punto de que se hace difícil y forzada la carrera de un novillo, ya que éste apenas puede sostenerse en pie en caso de levantarse después de haber recibido el golpe de aturdimiento, y que se levanta *atontado y mal herido*.

"Por otra parte, el salón tiene fácil salida. Los pilastrones metálicos que sostienen el edificio, pueden servir para defensa de cualquier persona que llegare a sentirse en peligro, lo mismo que los camiones que permanecen situados en el centro del salón durante las horas de labor, y que en aquella noche no faltaron de su sitio.

"Es también de observarse con respecto al caso de autos que se trataba de un animal extremadamente manso, que por su domesticidad se manejaba a pie, que vuelto del aturdimiento producido por el golpe dado en la caseta del descabello, algunos de los asistentes salieron detrás molestándolo y cogiéndolo y los empleados del matadero lo arriaron suelto, primero, después lo cogieron de un cuerno, sin qué se moviera ni a nadie tratara de embestir, y lo cogieron luego de los dos cuernos para conducirlo al lugar del sacrificio a repetir con él la operación que inicialmente había sido deficientemente practicada".

Adelante concluye el Tribunal su razonamiento así:

"Descartada pues, la peligrosidad de la actividad en general como la del novillo que causó la alarma de que se ha tratado, por su mansedumbre, por las circunstancias en que se movía, por los medios de defensa existentes en el salón referido, etc., como lo pudo constatar (sic) la mayor parte de los asistentes en la noche de los acontecimientos relacionados y de que trata este expediente, el peligro constituído por la salida del novillo al salón, pierde su realidad efectiva, se convierte en una apariencia, en un espantajo, que puede infundir temor según el estado mental de los espectadores, pero no causar daño a los mismos. El peligro se hace puramente subjetivo".

Luego se pregunta el Tribunal si un peligro imaginario o subjetivo puede servir de término a una relación jurídica de responsabilidad civil que se traduzca en indemnización de perjuicios, y contesta así:

"La razón se resiste a aceptar la responsabilidad en tales condiciones. Si en otras esferas del derecho, como en el campo de la legítima defensa, el peligro subjetivo o imaginario, sirve de excusa a la acción, ello se debe a las circunstancias en que obra el atacado y a la ausencia de pruebas en cuanto al daño que se proponía causar el injusto agresor. Pero si se trata de establecer una responsabilidad civil sobre la base de una culpa del demandado, no puede aceptarse el mismo criterio; se requiere que

dicha culpa tenga por base una objetividad suficiente para producirse por sí misma y en realidad el daño por cuyo perjuicio se demanda una indemnización pecuniaria.

"Lo contrario sería hacer responsable al demandado del miedo, temor o pánico de la víctima, sin que la acción u omisión de aquél fuera suficiente para producir dicho temor o pánico, y menos el daño sufrido y que se cobra por intermedio de la justicia".

Adelanta el fallo con la consideración de si, eliminado el peligro objetivo, los demandados hubieran podido incurrir en alguna acción, o en alguna omisión que comprometiera su responsabilidad, y encuentra que, además de no ser peligrosa la tarea de sacrificar animales domésticos o domesticados, en el matadero, la entrada al establecimiento era solamente permitida a las tribunas de observación donde no había peligro alguno; como entendió comprobarlo el Tribunal en la inspección ocular que practicó el 22 de febrero de 1946. Que si los particulares entraban al salón, a donde se arroja a los animales después de golpearlos en la llamada "caseta del aturdidero", ello fue contraviniendo una prohibición de que habla el administrador del matadero, y, finalmente, que si la entrada se prohibió luego en absoluto, se comprende que así fuera a causa de los reclamos suscitados por la muerte del doctor Quirós. Concluyendo: el Tribunal no encontró omisión culpable de parte de los demandados; descartó la hipótesis del riesgo creado y termina su pensamiento diciendo que "...La muerte del doctor Quirós resulta más bien como obra de un accidente fatal, pues teniendo a la mano medios de defensa de fácil aplicación, como lo era el de ganar la puerta de salida del edificio, que estaba a 5 metros 40 centímetros del lugar donde se hallaba, busca un lugar de refugio a 33 metros 90 centímetros del punto expresado; en vez de hacer uso de las defensas inmediatas que le brindaba el salón en donde se hallaba, busca otras distantes de dicho salón; estando seguro en éstas como resulta de su examen, quiere subir y subir más, y en uno de estos movimientos, se resbala, cae sobre un garfio de hierro, se engarza en él y se causa la herida que le produce el desangre mortal según referencia del acta de defunción, pues no es un hecho demostrado legalmente en los autos que la causa inmediata de la muerte haya sido la herida producida en circunstancias establecidas por declaraciones de testigos, cuando se trata de un hecho que requiere la prueba de un dictamen médico, para eliminar toda duda sobre el particular, que jurídicamente tiene que aprovechar al demandado".

La parte resolutiva del fallo revoca por completo la sentencia del Juez 2º Civil del Circuito, declara probada la excepción perentoria de inexistencia de la obligación demandada y absuelve al Municipio de Cali, lo mismo que a sus Empresas, de todos los cargos formulados en la demanda.

El recurso

Lo propuso oportunamente la parte actora y, concedido que le fue, llegaron los autos a la Corte donde se presentó la correspondiente demanda, la cual invoca las dos primeras causales de casación, ensayando once cargos por la primera y tratando de sustentar la segunda en tesis que prácticamente no hacen sino presentar, bajo otra apariencia, lo mismo que se alegó en el primer cargo. Dice, pues, el recurrente:

"Como causal del recurso, invoco, 'ser la sentencia violatoria de la ley, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea', así como por violación indirecta de la ley sustantiva a que se llega en razón de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador por apreciación errónea y falta de apreciación de las probanzas operantes en autos, esto es, invoco como causal de casación la primera de que habla el artículo 520 del C. J.

"Antes de entrar a precisar los cargos contra la sentencia de segunda instancia proferida en este negocio, séame permitido, con el mayor acatamiento, manifestar a la honorable Corte, que la sentencia en cuestión adolece de falta de tecnicismo jurídico, porque declara probada la inexistencia de la obligación, la cual, en mi pensar, no es de recibo en juicios de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual, ya que el demandado sólo puede librarse de la responsabilidad por ocurrencia de caso fortuito, fuerza mayor o intervención de elementos extraños dentro de los cuales puede caber la culpa de la misma víctima. Además cuando el sentenciador entra en el análisis de las excepciones, es sencillamente por haber encontrado probada la acción, o sea en un caso como el *sub lite*, la culpa de las entidades demandadas, el daño sufrido por los actores o el vínculo de causalidad entre el daño y la culpa. Ahora bien: el Tribunal de Cali en la parte motiva de la providencia que se analiza estima que no hubo culpa, esto es, implícitamente, que faltó un elemento básico para la viabilidad de la acción, y en la parte resolutiva declara probada la excepción de inexistencia de la obligación. Estas deficiencias dificultan, sin duda enormemente el ataque de casación, pues no aparece nítidamente en

la sentencia el pensamiento del juzgador *ad quem*". Guiado por este concepto que se refiere a la técnica procesal, el recurrente formula su cargo primero fundándolo en la impropiedad de haber designado como excepción, lo que es un medio de defensa de índole distinta. Y al invocar la causal segunda insiste sobre el mismo concepto, agregando a lo anterior lo que se transcribe en seguida para presentar, de una vez, unificado el pensamiento del recurrente, quien dice:

"También invoco la causal segunda... o sea no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Esta causal la fundamento así: el fallador no contempla ni analiza la acción incoada, por sus aspectos de culpa daño o vínculo de causalidad y todo su raciocinio se endereza a demostrar la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por los demandados. Si no analiza la acción, es claro que la sentencia no esté de acuerdo con las pretensiones de la parte actora, las cuales fueron estudiadas".

Al desarrollar el cargo primero se expresa así:

"Si el Tribunal, efectivamente en la parte resolutiva, quiso referirse a la verdadera excepción de inexistencia de la obligación, y no siendo tal medio exceptivo conducente en un juicio de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual, en la cual sólo tiene cabida... el caso fortuito, la fuerza mayor y la intervención de causas extrañas, tuvo necesariamente que cometer errores de hecho y de derecho en el análisis de todo el haz probatorio, equivocaciones que indispensablemente aparecen de manifiesto en los autos por la razón de que las probanzas operantes en el plenario mal pueden llevar a declarar probada una excepción o medio enervativo inconducente. En tal evento, el Tribunal, por tan evidente error de hecho y de derecho, infringió indirectamente los artículos 2341, etc., del Código Civil, a los cuales no les dio aplicación".

Acerca de un punto capital y definitivo, como es el relativo a la prueba sobre vínculo de causalidad entre el daño y la culpa, se expresa así en el cargo noveno de la primera causal:

"El sentenciador sostiene equivocadamente que no se comprobó con la prueba médica del caso que la hemorragia sufrida por la víctima fue la causa de la muerte. La equivocación consistió en querer exigir una prueba innecesaria y no exigida por la ley, la cual permite demostrar los hechos por cualquier medio de prueba, salvo casos especiales como en la venta de bienes raíces, principio de prueba por escrito en obligaciones mayores de $ 500.00, etc. Además en la partida de defunción consta que la causa principal de la muerte de la víctima fue hemorragia grave por herida cortante y punzante que la certificó el doctor Carlos Solarte, partida que por ser un instrumento público se presume auténtico en su contenido mientras no se demuestre lo contrario. Por consiguiente, si en ello basa su absolución, el Tribunal por errores de hecho y por error de derecho que aparecen manifiestamente en los autos, infringió los artículos 632, 593 del C. J., artículo 5º, 18 de la Ley 92 de 1938, e indirectamente los artículos 2341, 49 (?), 47, 53 del C. C., textos a los cuales no les dio aplicación".

Por lo que se leerá adelante, basta lo transcrito para la decisión del recurso.

La Sala considera:

Causal primera.—Tratándose, como se trata, de violaciones imputadas al Tribunal, por concepto de errores de hecho y de derecho que, se dice, aparecen de modo patente en los autos como padecidos al apreciar las pruebas sobre dos de los tres eslabones fundamentales en esta clase de demandas por responsabilidad aquiliana, se encuentra el vacío de que no logró acreditarse en las instancias, de manera plena e indubitable, como lo exige la ley para condenar, aquel vínculo de causa a efecto que ha de existir entre el daño sufrido y la culpa del demandado. Porque, como lo anota acertadamente la sentencia, en el pasaje arriba transcrito, queda flotando en el ambiente del proceso la probabilidad de que un factor concomitante con la herida reconocida, hubiera sido la verdadera causa inmediata y eficiente de la muerte. Verdad es que con arreglo al artículo 392 del C. C. —no citado desde luego por el recurrente como violado—, se presumen la autenticidad y pureza de los documentos destinados a probar los hechos relativos al estado civil, estando redactadas las partidas en debida forma. Pero ello no quiere decir que, aún dándole toda fe al acta de defunción del doctor Quirós, ella baste para tener por probado que el instrumento cortante y punzante, sobre el cual certificó el facultativo doctor Carlos Solarte, hubiera sido precisamente uno de los ganchos destinados para colgar la carne en el matadero de Cali, con el cual se hirió el abogado. Por lo demás, en el terreno de las probabilidades no puede descartarse la de que el doctor Quirós fuera víctima de una lesión cardíaca, sobre todo cuando dio muestras de un pánico realmente exagerado para una persona normal. Fuéra de que el solo certificado médico para el acta de defunción, no suple la prueba pericial adecuada, cuando se trata de asunto tan grave como el de un fallo condenatorio. Y no se diga que también pudiera valer

en tal hipótesis la prueba testimonial, o la de confesión. Tocante a la primera, es evidente que no procede, porque las causas de la muerte de una persona no pueden ser apreciadas por los sentidos de otra cualquiera, sin conocimientos especiales y estudio detenido. Y por lo que hace a la segunda, ya dijo la sentencia del Tribunal con toda propiedad que la causa de la muerte tampoco es susceptible de probarse por este medio; sin contar con que aquí habría otra regla adversa que es la contenida en el artículo 170 del C. J., aplicable al señor Personero Municipal de Cali, que es agente del Ministerio Público. Sea como fuere, se penetra en un terreno en que la apreciación de las pruebas, por parte del Tribunal es soberana y que, cuando tropieza con una duda fundada, no es admisible el error evidente, de hecho o de derecho, para abrirle la puerta a la Casación. (G. J., Tomo XXVII, página 158).

De otro lado se advierte que el recurrente atribuye a la presunción de culpabilidad un alcance exagerado. También se vale de una defectuosa designación que la jurisprudencia de la Corte ha venido rectificando, para no hablar de presunción de responsabilidad, que no existe ni puede existir jurídicamente; porque lo que así se ha llamado es propiamente presunción de peligrosidad (G. J., Tomo LXX, pág. 314). La razón es muy clara: se presumen los hechos, pero no las obligaciones. Y es bien sabido que en toda obligación va envuelto el concepto sustancial e inseparable de la responsabilidad. Volviendo a lo que es de fondo y no de simple lenguaje jurídico en reciente fallo de la otra Sala de Casación Civil, se dijo:

"Pero no hay que perder de vista que la presunción, en tales casos, es sólo de culpabilidad, es decir, que al damnificado le corresponde demostrar plenamente el hecho perjudicial y la relación de causalidad entre éste y el daño que originó, los cuales no se presumen; probando que el hecho ocurrió y que produjo el perjuicio, la culpabilidad del agente, directo o indirecto, que lo hace responsable civilmente, queda establecida por presunción legal que él debería destruir, si quiere liberarse". (Sentencia de 10 de junio de 1952, pronunciada en el pleito de Ramona Pitalúa contra el Municipio de Cartagena). En el presente asunto, no sólo no está demostrada la conexión estrecha, de causa a efecto entre el daño y la culpa supuesta, sino que tampoco puede ésta deducirse de la presunción de peligrosidad, por las razones que dá la sentencia cuando estudia la naturaleza de las actividades que se cumplían en el matadero de Cali, la noche del suceso, actividades a que no se puede aplicar el criterio señalado por el artículo 2356 del C. C. Por lo demás, el doctor Quirós procedió entonces con reacciones tan intensas y exageradas, que bien puede tenerse su actitud como fuéra de lo normal hasta hallar razonablemente inaceptable que la causa de su muerte pudiera imputarse, directa o indirectamente, a las faenas que se desarrollaban en el matadero de Cali perteneciente al Municipio.

Penetrando hipotética y teóricamente en el fuero de la instancia, la Corte habría tenido que darle entrada a la culpa de la víctima de acuerdo con el artículo 2357 de la obra citada.

De otro lado, alegar como hace el recurrente, que por una calificación defectuosa de la defensa, por haberse enfocado ella desde el punto de vista de la mal llamada excepción de "inexistencia de la obligación", o de "inexistencia de la acción", por eso sólo hubiera de admitirse que el Tribunal incurriera en errores de hecho y de derecho, es olvidar que los principios elementales de la casación imponen la necesidad de acusar sobre puntos concretos y demostrar la falta de apreciación, o la apreciación errónea, de determinada prueba, pues no basta afirmar genéricamente que, por incurrir en defectos de nomenclatura procesal, ya estuviera demostrada la violación de la ley en el supuesto de la segunda parte del ordinal 1º del artículo 520 del C. J.

Más aún: meditando el cargo por dicho aspecto, se nota que envuelve petición de principio. Porque sostener que no es de recibo, en juicio por indemnización de daño, proveniente de culpa extracontractual, declarar probada la inexistencia de la obligación, porque el demandado sólo se libra de su responsabilidad mediante la demostración del caso fortuito o de la intervención de elementos extraños, equivale exactamente a tener por probada la culpa del reo sin que en autos conste efectivamente.

Quizá pudiera pensarse todavía que de acuerdo con las declaraciones de los señores Guillermo Lemus y Carlos Torres Díaz, según las cuales la casa que suministró el equipo del matadero, comunicó instrucciones para que los animales fueran sujetados con cadenas, inmediatamente después de recibir en la frente el mazazo que les priva del sentido, y porque ello no se ejecutaba en el matadero de Cali, de ahí hudiera de concluírse que hubo error de técnica constitutivo de culpa por omisión imputable a los agentes del Municipio que trabajaban en aquel establecimiento; comoquiera que, si al animal que ocasionó el pánico al doctor Quirós no se le arroja suelto de la canastilla metálica al salón, tampoco se hubiera realizado el fenómeno productor de aquel

pánico que llevó, a quien lo padecía, a ejecutar los movimientos en que se causó la herida.

Pero a ello se opone que el Tribunal dedujo de otras pruebas, que las labores de sacrificio y aprovechamiento de carnes, se cumplían dentro del matadero, en circunstancias que no implicaban peligro para las gentes, porque éstas disponían de lugares seguros (tribunas) desde donde presenciaban las faenas, y no tenían necesidad de invadir el salón a donde eran arrojados los animales para degollarlos. Sobre el particular rindieron un dictamen pericial el doctor Joel Carrillo y el señor Pedro Orozco, que el Tribunal apreció como plena prueba de acuerdo con la ley.

No atina el recurrente cuando acusa la sentencia objetando la recepción de dicho peritazgo, pues el Tribunal se limitó a reproducir los fundamentos del concepto sin inventarlos o suplirlos por su cuenta. Basta reproducir el pasaje del alegato de casación en el cual se trata de repudiar aquel dictamen:

"Para reforzar su tesis el Tribunal le dá pleno mérito al dictamen pericial de los señores doctor Joel Carrillo y Pedro Orozco, concepto operante a folios 37 del cuaderno número 3, cometiendo con ello un grave error de derecho que aparece patente, ya que la experticia (sic) practicada no se halla debidamente explicada y fundamentada. En efecto, los expertos concluyen que las actividades del matadero no son peligrosas, por la existencia de medios de defensa en el salón, por la inclinación del piso, por la humedad del mismo, etc., esto es, por los mismos hechos anteriormente analizados y los cuales no eliminan el peligro intrínseco que envuelve la actividad desarrollada en el matadero".

Es injusto afirmar que los peritos no fundamentaron y explicaron debidamente su concepto. El recurrente no pudo menos de reconocerlo y la conclusión del dictamen se funda en hechos precisos y comprobados. Hubiera podido tacharse el dictamen, de acuerdo con la ley y probar por ejemplo, el error grave. La ley le daba al demandante esa oportunidad, pero no estimó del caso hacer uso de ella.

Sintetizando se tiene: el Tribunal cuando aprecia las pruebas sobre culpa y relación de causalidad entre ésta y el daño, procedió acertadamente; no aparecen por ninguna parte acreditados los errores de hecho o de derecho que le dieran cabida a la causal 1ª, contra el fallo acusado.

Causal 2ª—Pasando ahora a la causal 2ª, los cargos tampoco prosperan pues el fallo es absolutorio y la Corte ha sostenido, en reiterada jurisprudencia, que, siendo absolutorio el fallo de instancia, no es pertinente invocar contra él la causal 2ª puesto que es jurídicamente imposible sostener que hay falta de consonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, si esas pretensiones han sido completamente negadas. (G. J., tomos: LIX, pág. 358; LX, págs. 60 y 394; LXI, pág. 98, etc.).

SENTENCIA

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala B. de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Cali pronunciada en este negocio el 16 de septiembre de 1947.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo A. Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas — Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO TODOS LOS COMUNEROS VENDEN O TRANSFIEREN A CUALQUIER TITULO UNA PORCION DETERMINADA DEL BIEN COMUN, EL ADQUIRENTE NO ENTRA A FORMAR PARTE DE LA COMUNIDAD

Es equivocada la afirmación hecha por vía general de que el adquirente a título de venta o permuta de una parte del terreno sujeto a comunidad, necesariamente entra a formar parte de la misma y no puede tener por ese título el dominio como cuerpo cierto sobre la respectiva porción del inmueble, con prescindencia del resto. Y es erróneo tal concepto, porque no hay impedimento de ninguna clase para que los comuneros, obrando de consuno, procedan a transferir a un tercero todo el terreno o parte de él, como cuerpo cierto y determinado por los linderos y cabida —si es el caso— que en el título respectivo se señalen. Al obrar todos de acuerdo y transferir sus diversos derechos en el inmueble o en parte de éste, el adquirente pasa a ser titular del dominio pleno sobre lo que recibe, exactamente como sucedería si el tradente fuera uno solo y obrara en calidad de único dueño.

Cosa muy distinta ocurre cuando uno o varios de los comuneros —no la totalidad—, venden los derechos indivisos sobre el inmueble a un tercero. En este caso, en razón de que la cuota del tradente no está radicada en porción determinada ninguna del inmueble, pues apenas concurre con las cuotas de los demás en todas y cada una de las partes del bien, el adquirente solamente recibe derechos indiviso o cuota parte en la comunidad. Así pasa a ser comunero en sustitución de su antecesor, porque los derechos transmitidos por aquél no le confieren el pleno dominio sobre porción ninguna del terreno.

Es decir, se deben diferenciar dos casos: cuando los comuneros que representan el ciento por ciento de los derechos venden el pleno dominio que así reunidos les corresponde sobre todo el inmueble, o parte de éste; y cuando uno o más de los comuneros, dueños sólo de cuotas sobre el total, enajenan sus derechos en la comunidad.

En el primer caso, las personas que adquieran de todos los copropietarios porciones del terreno común, delimitadas por sus particulares linderos, y que por ende pasan a ser dueñas de cuerpo cierto respecto a esas partes que han salido de la indivisión, nada tienen que ver con las zonas que permanecen en cabeza de la primitiva comunidad ni con los nuevos contratos que celebren los comuneros para su venta o permuta.

Por el contrario, según el segundo caso propuesto, quienes adquieren derechos indivisos en la comunidad, como han llegado a ser comuneros sobre la totalidad del inmueble, deben ser indispensablemente partes en los contratos en que se pretenda enajenar como cuerpos ciertos porciones del terreno común.

Sucede a este respecto exactamente lo mismo que cuando se trata de un bien que es patrimonio de una sociedad legalmente constituída. La diferencia anotada aparece entre el acto de vender por la sociedad ese bien y el acto de enajenar uno de los socios los derechos que le corresponden en el haber social cuando no se trata de sociedades intuitu personae y la cesión de derecho es permitida. Por eso, el artículo 2323 del C. Civil dice que "El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social". En el primero, la sociedad transfiere el dominio pleno del inmueble que vende como cuerpo cierto; y en el segundo, el adquirente únicamente recibe los derechos del socio radicados en la generalidad del haber social y no en forma plena sobre ninguno de los bienes que lo constituyen.

Igualmente, es análogo el caso de venta directa por todos los comuneros del inmueble en conjunto o dividido en lotes, que el de venta por intermedio de la justicia y a solicitud de cualquiera de ellos, tal como lo prevé el Código Civil en sus artículos 2334 —en armonía con el 1134 del C. Judicial—, y siguientes. Sería sencillamente absurdo sostener que a pesar de reunir la unanimidad de derechos y consentimientos, el contrato suscrito por todos los comuneros no transfiriera el pleno dominio como cuerpo cierto sobre la parte o par-

tes del terreno común delimitadas por sus respectivos linderos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El 11 de octubre de 1945, Belisario Salinas por medio de apoderado instauró ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué demanda ordinaria de mayor cuantía contra Benjamín y Luis Angel Restrepo, para que previos los trámites correspondientes se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que es de propiedad de mi representado Belisario Salinas Aguilar, el derecho pleno y la posesión efectiva sobre la finca rural denominada "Los Llanos del Placer", en virtud de haberla adquirido por *prescripción extraordinaria*, ubicada en la fracción del Placer, de la jurisdicción municipal de Anzoátegui, con todas sus mejoras consistentes en cultivos de pastos artificiales, como carretón, plegadera, orchoro, etc., una casa de habitación construída de madera aserrada, con su correspondiente cocina, una enramada de madera techada con esparto, para el ordeño, con todos sus utensilios, como canoas, etc., cercos de alambre de púas y puertas y alindada especialmente así: 'Desde el nacimiento del río Totare, o sea de la laguna del Encanto; río abajo hasta su confluencia con la quebrada denominada La Azufrera; quebrada de La Azufrera arriba hasta encontrar las aguas que salen del termal denominado Caliente; de aquí hacia arriba en línea recta hasta encontrar en los arenales del Nevado del Tolima una piedra marcada con las letras B. S.; de aquí en línea recta, lindando con los valles de Romerales hasta encontrar un canalón hondo que nace en el Nevado del Tolima y que impide el paso de los animales; por este canalón abajo hasta un mojón marcado con la letra F; y de este mojón en línea recta hasta encontrar la laguna del Encanto, punto de partida de esta alinderación'. Segunda.—Que se ordene el registro de la presente demanda. Tercera.—Que se registre la sentencia que ponga fin al juicio, en la Oficina de Registro de este circuito; y Cuarta.—Que en caso de oposición, se condene a los demandados a pagar las costas del juicio".

Son hechos de la demanda: 1º Que por escritura pública número 1054 de 29 de julio de 1944, Clara Hoyos v. de Jiménez, Jorge, Isabel, Benjamín, Bernardo, Guillermo y Miguel Jiménez Hoyos, vendieron a Benjamín y Luis Angel Restrepo, el derecho de dominio pleno y la posesión efectiva que tenían ellos sobre un lote de terreno denominado "Valle del Placer", ubicado en el Municipio de Anzoátegui cerro del Aguila y comprendido por estos linderos: "Partiendo del cerro del Aguila y cerrando linderos con el señor Félix Jiménez a un mojón que está en las faldas del Nevado del Tolima; de aquí a ir a limitar con los valles de El Silencio; de aquí por donde indiquen los linderos del título general, buscando el páramo de Las Palomas; de aquí buscando los nacimientos de la quebrada Las Palomas en el mismo páramo; ésta abajo hasta la confluencia de la quebrada del Tolima, que forman el río Totare; éste abajo hasta la quebrada de Los Termales o Azufrera; siguiendo esta quebrada arriba hasta ponerse en la línea más cercana del cerro del Aguila, punto de partida".

Que los linderos del título general se encuentran relacionados en la misma escritura número 1054. 2º Que *Higinio Guzmán C.* ejercitó durante un período mayor de veinte (20) años, en la finca alinderada en la petición *Primera* de la demanda, de manera continua y sin consentimiento de ninguna otra persona y a sus propias expensas, actos de dominio, consistentes en sembrar y cultivar pastos, como carretón, plegadera, orchoro, etc.; construir una casa de habitación con su correspondiente cocina, de madera aserrada, y una enramada de madera y techo de esparto, para el ordeño, todo con las puertas necesarias; levantar alrededor de la finca, donde fueran necesarios, cercos de alambre de púas, etc. 3º Que Higinio Guzmán le vendió a Salinas la finca y mejoras a que alude el hecho 2º anterior, por escritura pública número 754 de 19 de julio de 1945. 4º Que Salinas, sin interrupción y sin consentimiento de ninguna persona, *ha continuado* la posesión ejercida por Higinio Guzmán C. dentro de toda la finca denominada 'Los Llanos del Placer', desde hace más de diez (10) años. 5º Que Salinas ha ejercido actos de posesión, sin interrupción a los ejercidos por Guzmán C., consistentes en la conservación y aumento de los potreros de pastos, conservación y fortificación de los alambres de púas, reparación y ocupación continuada de la casa de habitación de la finca, ocupación constante de los pastos con animales de su propiedad, siembra de artículos alimenticios y su colecta, cortes de madera, etc. 6º Que tanto Guzmán C. como Salinas han ejercido los actos de posesión sin consentimiento de ninguna persona, a sus propias expensas y sin que nadie hasta ahora los haya perturbado legalmente en tales actos".

Los demandados negaron el derecho invocado y se opusieron a las declaraciones del libelo; negaron en general todos los hechos, menos el 1º. En síntesis, dicen: "que quienes han cultivado y poseído quieta y materialmente, desde su adquisición hace más de treinta (30) años, construyendo casas y cercas, echando animales, poniendo agregados, etc., *fueron los adjudicatários* y quienes de éstos derivan sus derechos, de la finca 'La América', dentro de la cual se halla la denominada 'Valle del Placer', que los demandados adquirieron con justo título y en donde han sido injusta y temerariamente atacados con actos de violencia por el demandante y sus dependientes y asalariados, quienes los han privado de parte de la posesión de su predio, destruyéndoles cercos, botando sus animales, incendiando una casa que tenían lista para techar, etc.; *que no* es cierto que Higinio Guzmán C. hubiera poseído ni ejecutado actos de dominio en el tiempo de que se habla; *que después de* 1944 cuando los demandados estaban en posesión quieta y material del inmueble que compraron por la escritura número 1054, citada, fueron atacados en su posesión por Salinas y sus asalariados, quienes lanzaron fuéra del predio el ganado de los demandados e incendiaron una casa que habían construído a sus expensas personales; *y que* la posesión de Salinas y la de Guzmán C. sólo datan del año de 1945 y es debida a sus actos de violencia".

El 15 de marzo de 1947, por medio de apoderado Benjamín y Luis A. Restrepo Franco promovieron ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ibagué, acción civil ordinaria contra Belisario Salinas para que con su citación y audiencia se hagan en sentencia que cause ejecutoria, las siguientes declaraciones: "A) Que los señores Benjamín Restrepo Franco y Luis E. (sic) Restrepo F., son propietarios del lote de terreno denominado 'Valle del Placer', ubicado en la fracción de La China, jurisdicción del Municipio de Anzoátegui, de este Departamento alinderado como se expresa en el hecho primero fundamental de este libelo; B) Que en consecuencia el demandado Belisario Salinas está en la obligación de restituir a los señores Benjamín Restrepo Franco y Luis E. (sic) Restrepo F., una vez ejecutoriado el fallo que ponga fin a este juicio o dentro del plazo que usted señale, el lote de terreno delimitado en el punto *Décimo* de este libelo. C) Que el demandado es poseedor de mala fe y está en la obligación de restituir a mis mandantes los frutos naturales y civiles de la cosa y no solamente los percibidos, sino los que los dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el terreno en su poder, y si no existen tales frutos deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción. D) Que el demandado debe pagar las costas y gastos de este juicio si diere lugar a él. Y subsidiariamente, para el caso de no considerarse al demandado poseedor de mala fe sino de buena fe, se declare: Que el demandado está en la obligación de restituir a mis poderdantes los frutos naturales y civiles de la cosa y no solamente los percibidos sino los que ellos hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el terreno en su poder, desde la contestación de la demanda en adelante, y que si no existieren tales frutos deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción.

En la exposición de los hechos dijeron que los demandantes Restrepo Franco son propietarios del lote de terreno denominado "Valle del Placer", ubicado en la fracción de La China, de la comprensión municipal de Anzoátegui, por compra que de él hicieron a Clara Hoyos v. de Jiménez, Jorge, Isabel, Benjamín, Bernardo, Guillermo y Miguel Jiménez Hoyos, según escritura pública número 1954 de 29 de julio de 1944, corrida en la Notaría Primera del Circuito de Ibagué y registrada, y según los linderos expresados o insertos en el hecho 1º de la demanda de Belisario Salinas, ya mencionada. 3º Que los tradentes Hoyos v. de Jiménez y Jiménez Hoyos adquirieron el lote "Valle del Placer" referido antes, por adjudicación que de él se les hizo, *en mayor extensión*, en el sucesorio del causante Telésforo Jiménez, protocolizado en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá, según escritura pública número 4459 de 20 de diciembre de 1943. 4º Que la finca llamada 'La América', ubicada en la fracción de La China, de la jurisdicción municipal de Anzoátegui, *de la cual se desprendió el lote* de terreno denominado *'Valle del Placer'* compravendido por la escritura número 1054, citada, fue adjudicada a la señora Hoyos v. de Jiménez y a los señores Jiménez Hoyos, en el sucesorio del causante Telésforo Jiménez, según las respectivas hijuelas debidamente registradas. 5º Que por Resolución de 16 de octubre de 1908, emanada del Ministerio de Obras Públicas, se adjudicó al General Celerino Jiménez el globo de terreno denominado 'La América', habiéndose declarado extinguida por el Consejo de Estado *la condición resolutoria* que afectaba dicha adjudicación, en sentencia de 14 de julio de 1943, dictada en el juicio promovido por Benjamín Jiménez H. a fin de que se declararan nulas las Resoluciones números 29 y 1ª de 23 de septiembre y 22 de diciembre de 1941, originarias del Ministerio de la Economía Nacional. 6º Que el causante Telésforo Jiménez adquirió el citado globo de te-

rreno 'La América', por adjudicación que de él se le hizo en la partición de bienes que celebró con Félix Jiménez, según escritura número 16 de 9 de enero de 1926 de la Notaría 2ª del Circuito de Ibagué, habiendo adquirido los otorgantes los bienes objeto de la partición por compra a Celerino y Licerio Jiménez y Luis Parra, y siendo las escrituras referentes al terreno 'La América', las números 346 de 22 de septiembre de 1914, 439 de 8 de septiembre de 1916, y 125 de 24 de febrero de 1920, corridas todas en la Notaría 2ª del Circuito de Ibagué. 7º Que tanto el adjudicatario del globo de terreno 'La América', como sus sucesores en el dominio, Félix, Licerio y Telésforo Jiménez, y los herederos de éste, han poseído quieta, tranquila y materialmente ese inmueble, ejecutando en él toda clase de actos de dominio, tales como derribar montes, construir cercos, cultivar pastos artificiales y naturales, y sementeras de papa, echarle animales, ponerle agregados, etc., etc. 8º Que los demandantes Restrepo Franco continuaron la posesión de sus antecesores en el globo de terreno 'La América', en las mismas condiciones, sobre el lote de tierra denominado 'Valle del Placer' desprendido de aquel globo, echando animanes, construyendo cercos y casa de habitación y ejecutando toda clase de actos de dominio, *hasta hace dos años aproximadamente*, en que fueron privados de esa posesión violentamente por el demandado Salinas, quien destruyó e incendió con sus trabajadores la casa de los demandantes en construcción y lanzó los ganados de éstos fuéra del mencionado lote de tierra. 9º Que corresponde al Poder Judicial restituir a los demandantes en la posesión que han perdido, por no haberlo logrado de las autoridades administrativas. 10º Que el lote de terreno que ocupa con ganados y sobre el cual ha ejecutado actos de dominio el demandante Salinas, está comprendido dentro del globo de tierras denominado 'Valle del Placer' y se halla determinado por los mismos linderos insertos en la declaración *Primera* de la demanda del citado Salinas. 11º Que el demandado Salinas es poseedor de mala fe, porque ocupa el terreno sin justo título, con conocimiento de que pertenece a los demandantes, y de que ha estado en dominio particular desde el año de 1908 en que fue adjudicado al General Celerino Jiménez.

El demandado Salinas se opuso al pronunciamiento de las declaraciones principales y subsidiarias, y al derecho invocado.

Respecto a los hechos, niega el 1º, y advierte *que si los* demandantes tuvieron alguna vez título de propiedad sobre el lote alinderado en este hecho, lo perdieron definitivamente por virtud del fenómeno jurídico de la prescripción extraordinaria del dominio, a favor del demandado, *y que* la alinderación de tal lote no coincide con la del lote de terreno ocupado por Salinas. En cuanto al 2º, ignora si los títulos son verdaderos o simulados, y se atiene únicamente a la fuerza probatoria que se les asigne de acuerdo con la ley. No acepta los hechos 3º, 4º y 5º, y se atiene al mérito legal de la prueba que se aduzca, dejando constancia de que aun cuando los títulos existieran en relación con el lote de terreno ocupado por Salinas, serían ineficaces ante la prescripción extraordinaria operada a favor del demandado. No acepta tampoco el 6º y dice que si se trata del lote que actualmente ocupa él, de éste es propietario por prescripción extraordinaria. Manifiesta que no son ciertos los hechos 7º, 8º, 9º y 11º, y advierte que sobre el lote ocupado por Salinas, los demandantes no han ejecutado en ningún tiempo actos de posesión. En relación con el 10º, dice que es cierto que durante un período de más de treinta (30) años, por sí y por medio de su antecesor Higinio Guzmán, de quien lo adquirió, ha venido Salinas ejerciendo esa posesión, sumando como debe sumarse, su posesión a la de su antecesor. Por último, propone las *excepciones perentorias de prescripción extraordinaria y de pérdida del derecho para reivindicar.*

Acumulación de juicios

En providencia fechada el 21 de octubre de 1947, el Juez 1º Civil del Circuito de Ibagué decretó la acumulación del juicio ordinario reivindicatorio seguido por Benjamín y Luis Angel Restrepo contra Belisario Salinas en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ibagué, al juicio ordinario sobre prescripción adquisitiva del dominio seguido por Belisario Salinas contra los Restrepo, en el Juzgado *a quo*, en relación ambos juicios con un lote de terreno debidamente alinderado en las respectivas demandas.

Seguidos los proceso por una misma cuerda, el Juzgado del conocimiento puso término a la instancia con el fallo proferido el 29 de marzo de 1948, cuya parte resolutiva dice: "a) *Se absuelve* al demandado Belisario Salinas de los cargos de la demanda reivindicatoria que le instauraron los señores Benjamín y Luis E. (sic) Restrepo. Sin costas. b) El señor Belisario Salinas ha adquirido por prescripción extraordinaria, y por tanto es de su propiedad, el lote de terreno ubicado en el Municipio de Anzoátegui, en el sitio llamado 'Llano del Placer', alinderado especialmente así: 'Desde el nacimiento del río Totare, o sea desde la laguna del

Encanto; río Totare abajo hasta su confluencia con la quebrada denominada La Azufrera; quebrada de La Azufrera arriba hasta encontrar las aguas que salen del termal denominado Caliente; de aquí hacia arriba en línea recta hasta encontrar en los arenales del Nevado del Tolima una piedra marcada con las letras B. S.; de aquí en línea recta, lindando con los valles de Romerales, hasta encontrar un canalón hondo que nace en el Nevado del Tolima y que impide el paso de los animales; por este canalón abajo hasta un mojón marcado con la letra F.; y de este mojón en línea recta hasta encontrar la laguna del Encanto, punto de partida'. 'Inscríbase este falló en el Libro número 1º de la Oficina de Registro. Esta declaración de pertenencia no comprende ni afecta las zonas de terreno, los yacimientos de hidrocarburo, y demás bienes que hayan sido o sean materia de reservas de la Nación o que hayan sido declarados imprescriptibles. Sin costas. Cancélese la inscripción de la demanda".

Sentencia recurrida

Contra la sentencia anterior interpusieron recurso de alzada ambas partes.

Después de enumerar y de analizar las pruebas practicadas tanto en la primera como en la segunda instancia, dice el Tribunal: "De la relación de títulos anterior es lógico que el Tribunal no podría concluir, sin una previa identificación que no aparece acreditada en autos, que el globo de terreno que fue materia de adjudicación al General Celerino Jiménez, en el año de 1908, en extensión superficiaria de sólo 428 hectáreas, 2.200 metros cuadrados, *sea el mismo o. parte del mismo globo de tierra* que se inventarió y se adjudicó en la sucesión y partición de bienes del causante Telésforo Jiménez, denominado 'La América'. Pero aún dando por cierta la hipótesis antedicha, sucedería que al tenor de la misma relación de títulos, los demandantes de la reivindicación, aun cuando cesionarios por compra de un lote de terreno especialmente alinderado, dentro del cual sí se halla comprendido el lote de tierra denominado 'Los Llanos del Placer', poseído por Belisario Salinas y objeto de la reivindicación, según así se constató por este Tribunal y se dictaminó por los peritos, en diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia, al sitio de la litis, no son dichos demandantes dueños de cuerpo cierto, sino de derechos existentes en la comunidad herencial del globo de terreno 'La América', que fue inventariado y distribuído en adjudicación de valores entre los interesados o partícipes del causante Telésforo Jiménez. En efecto, así se deduce del hecho de que a los tradentes vendedores de los demandantes Benjamín y Luis Angel Restrepo, Clara Hoyos v. de Jiménez y Jorge, Isabel, Benjamín, Bernardo, Guillermo y Miguel Jiménez Hoyos, solamente se les adjudicaron cuotas del valor dado en el respectivo inventario al globo 'La América', de la circunstancia no negada sino afirmada por los demandantes Restrepo en el hecho tercero (3º) de su demanda, de ser el lote llamado 'Valle del Placer', que ellos compraron a los adjudicatarios Hoyos v. de Jiménez y Jiménez Hoyos, sólo parte de mayor extensión de tierra de estos adjudicatarios, y del hecho constatado en las hijuelas correspondientes, de haber el partidor *ad valorem* de los bienes del causante Telésforo Jiménez, deducido del valor total dado al globo 'La América', el valor de los lotes que se habían vendido ya a Marco Tulio Martínez, Justiniano Rodríguez y las demás personas enumeradas en el ordinal b) de la relación de los títulos de los demandantes. Y es que, además, aún en el caso de que se pretendiera sostener que según el partidor lo adjudicado a Hoyos v. de Jiménez y Jiménez Hoyos, fue sólo el resto de la finca 'La América', hecha la deducción de valores expresados, sucedería que siendo el lote llamado 'Valle del Placer' parte de mayor extensión de dicha finca, o lo que es, parte de ese *resto*, siempre surge la comunidad *ad valorem* de origen herencial, dentro de la cual son accionados, no solamente los tradentes de los demandantes Benjamín y Luis Angel Restrepo, sino estos mismos y los compradores Marco Tulio Martínez, Justiniano Rodríguez, y demás personas mencionadas antes. La anterior le es suficiente razón fundamental al Tribunal para concluir que en este debate surge ostensible la excepción perentoria de *ineptitud sustantiva* de la demanda reivindicatoria de Benjamín y Luis Angel Restrepo contra Belisario Salinas, por 'ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandantes', quienes, en su propio nombre y para sí piden la restitución del lote de terreno poseído por el demandado, en lugar de hacerlo, en nombre y para la comunidad *ad valorem* de origen herencial existente en el globo de terreno llamado *La América*, de la cual son los títulos y demás documentos públicos que adujeron al proceso. Y la excepción deberá reconocerse aun cuando no fue alegada, en fuerza de lo estatuído por el artículo 343 del Código Judicial, y sin que sea indispensable estudiar la excepción de 'prescripción extraordinaria' que el demandado alegó al contestar la demanda de los Restrepo, por tener el Tribunal que fallar la demanda que Belisario

Salinas propuso contra los demandantes Benjamín y Luis Angel Restrepo, sobre pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva, en relación con el mismo lote de terreno pretendido en reivindicación.

"La pertenencia por prescripción extraordinaria.

Esta acción está consagrada por la Ley 120 de 1928, la cual contempla o versa sobre tres materias distintas pero semejantes y relacionadas entre sí, siendo la propuesta en la demanda de Belisario Salinas, la prevista por los artículos 2º y siguientes de aquella ley, según la cual, todo el que tenga en su favor una prescripción adquisitiva de dominio podrá pedir la declaración judicial de pertenencia, con la única excepción de no poderse ejercitar la acción, contra la Nación y demás entidades de derecho público, respecto de bienes declarados imprescriptibles. No obstante, dicha ley ha previsto dos hipótesis que según su ocurrencia requieren el procedimiento indicado allí, a saber: *Cuando* el poseedor demandante sabe que un tercero determinado y conocido tiene, en principio, la calidad de legítimo dueño, pero que no podrá oponerla a la prescripción adquisitiva consumada, entonces, deberá seguirse conforme al artículo 4º, *un juicio ordinario* con la persona o personas contra quien se pretende hacer valer la prescripción, a fin de que con su sola audiencia se obtenga la declaración de pertenencia, siendo entendido que la sentencia en tal caso, no aprovecha ni perjudica sino a las partes contendientes; *y cuando* un poseedor, con títulos defectuosos o sin ellos, no se enfrenta a un dueño primitivo, legítimo, determinado y conocido, entonces deberá iniciarse y seguirse el *trámite especial* detallado en los artículos 7º y siguientes de la citada ley, mediante una demanda contra todo el que se sienta o pudiera sentirse interesado en la declaración judicial de pertenencia, siendo entendido que la sentencia en esta hipótesis presta hoy efectos o mérito contra todos, o mejor, *erga omnes*, por virtud de haberse derogado por el artículo 7º de la Ley 51 de 1943, el primer inciso del artículo 12 de la Ley 120, que prácticamente los impedía. En este proceso, el Tribunal encuentra que Belisario Salinas *adujo* en orden a establecer posesión material con explotación económica por más de treinta años sobre el lote de terreno denominado 'Los Llanos del Placer', alinderado en la declaración *Primera* de su demanda, las *declaraciones* de los señores Samuel Vásquez, Rafael Piñeros, Adán Melo y Enrique Durán, *una diligencia* de inspección ocular con peritos, *recibos expedidos* por la Tesorería Municipal de Anzoátegui, sobre pago de impuesto predial de varios años, *y copia de la escritura pública número* 754 por la cual compró a Higinio Guzmán Carrera el citado lote de tierra 'Los Llanos del Placer', pruebas todas practicadas en el término probatorio de la primera instancia y que, en oposición a las declaraciones de los testigos, Marcos Martínez, Herberto Castaño, Manuel J. Osorio, Aníbal Ceballos, Neftalí Durán, Manuel Angarita y Leovigildo Cabrera, que los demandados Benjamín y Luis Angel Restrepo hicieron practicar también en el término probatorio de la primera instancia, el señor Juez *a quo* encontró suficientes para decretar a favor del demandante Salinas la acción de pertenencia pedida por él. No obstante, como según lo expresado, Salinas no ha demandado a todo el mundo en juicio especial, sino a los señores Benjamín y Luis Angel Restrepo, a quienes considera dueños ciertos, conocidos y legítimos del lote de terreno que él está poseyendo, con posesión extraordinaria consumada y oponible, en juicio ordinario, entonces, para el Tribunal surge de modo ostensible *la excepción perentoria de INEPTA DEMANDA*, por 'ilegitimidad de la personería sustantiva de los demandados', pues ya se vio que Benjamín y Luis Angel Restrepo, según los títulos, documentos públicos y demás pruebas obrantes en el juicio, no son dueños exclusivos del lote de terreno denominado 'Valle del Placer', dentro del cual está comprendido o se dice comprendido el poseído por Belisario Salinas, sino que apenas son ellos accionados o partícipes en la comunidad *ad valorem* de origen herencial existente en un globo de terreno llamado 'La América', mediante un reconocimiento o posesión ('Valle del Placer') vinculado en la comunidad territorial. Es decir, que los demandados Benjamín y Luis Angel Restrepo no son los llamados a responder por la cosa o hecho demandado por Belisario Salinas, sino la citada comunidad territorial, en la persona de sus representantes o partícipes.

"Las excepciones perentorias que el Tribunal encuentra demostradas en los juicios ordinarios acumulados, son suficientes para pronunciar las absoluciones de los demandados en tales juicios, sin que sea del caso entrar en el estudio de otros detalles fundamentales, pues dichas excepciones bastan para enervar, por ahora, las respectivas acciones. En efecto, el Tribunal, considera innecesario, ante el resurgimiento de las perentorias analizadas y reconocidas, dilucidar lo relacionado con la posibilidad de hallarse el lote de terreno denominado 'Los

Llanos del Placer', cuya declaración de pertenencia por prescripción extraordinaria se pide, vinculado todo, o en su mayor parte, dentro de los excesos de terrenos baldíos, o de propiedad de la Nación, que no fueron adjudicados al General Celerino Jiménez en él año de 1908, pues ello determinaría, que, fuéra de que esa declaración no podría lograrse contra la Nación y menos cuando ésta no ha sido demandada, en fuerza de lo estatuído por el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 120 de 1928, se llegaría también a la conclusión de no hallarse establecida en el proceso, la identificación sobre el terreno del denominado hoy globo o finca 'La Amér...', ni la primitiva adjudicación de 428 hectáreas 2.200 metros cuadrados, ni los excesos, ni tampoco la verdadera ubicación de éstos, del terreno llamado 'El Valle del Placer', dentro del cual se halla vinculado o comprendido el terreno 'Los Llanos del Placer', objeto de la acción de pertenencia".

En consecuencia, con fecha 8 de noviembre de 1948, falló el pleito así: "REVOCA el ordinal b) de la parte resolutiva de la sentencia apelada, para ABSOLVER en su lugar a los demandados, Benjamín y Luis Angel Restrepo, de los cargos de la demanda instaurada contra ellos por Belisario Salinas, por hallarse demostrada la excepción perentoria de *inepta demanda* por 'ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada', y para *adicionar* el ordinal a) de dicha parte resolutiva de la sentencia, en el sentido de que la absolución del demandado Belisario Salinas, de los cargos de la demanda reivindicatoria que le instauraron Benjamín y Luis Angel Restrepo, obedece a hallarse demostrada la excepción perentoria de *inepta demanda* por 'ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante'. En todo lo demás, se CONFIRMA la sentencia apelada. Sin costas de segunda instancia".

El recurso

Contra esta sentencia, Benjamín y Luis Angel Restrepo han interpuesto recurso de casación. Los cargos formulados ante la Corte se concretan en los siguientes apartes:

"Esta acusación contra la sentencia está apoyada, en consecuencia, en el texto de los motivos de casación que enumera el artículo 520 del Código Judicial. Por tanto, el Tribunal quebrantó las siguientes disposiciones: Artículo 740 ss. (Título 6º del Código Civil); 2654, 2673 y 2674 del mismo Código, consistente en haber rechazado como títulos de dominio pleno de Telésforo Jiménez, de una parte, como antiguo tradente, y de otra parte, de Benjamín y Luis Angel Restrepo; títulos presentados en el juicio, y debidamente registrados, los cuales fueron discutidos en el debate probatorio. Los artículos 669, 740, 752, 1955, 1868, del mismo Código Civil, por efectos del error en que incurrió el Tribunal al apreciar las escrituras erróneamente, que dan cuenta del dominio pleno del lote denominado 'Llanos del Placer'. Los artículos 946 y siguientes del Código Civil; 708 del Código Judicial, por consecuencia del error de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el dictamen pericial que figura en el cuaderno de pruebas de Benjamín y Luis Angel Restrepo, esto es, la diligencia de inspección ocular practicada por el mismo Tribunal en asocio de peritos, al negar el Tribunal el hecho evidente de haberse establecido, por él mismo, la identidad del lote que se reivindica. Al abstenerse el Tribunal de entrar a decidir en el fondo el derecho de los demandantes Benjamín y Luis Angel Restrepo, al declarar probada una excepción perentoria que no tiene base jurídica de surgimiento en el juicio, la sentencia es violatoria de todas las disposiciones sustantivas, y por tanto la casación es inevitable por tener apoyo en todos los motivos del artículo del Código Judicial. Al infirmar la Corte la sentencia acusada, necesariamente tiene que decretar la restitución del lote y hacer las demás declaraciones consignadas en la demanda de Benjamín y Luis Angel Restrepo, y rechazar la pretendida prescripción que viene sosteniendo Belisario Salinas, porque está muy claro que el pretendido prescribiente apenas si lleva trece años computables a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1936, invocada por Belisario Salinas en su demanda. (V. Ley 153 de 1887).

Estudio de las causales.—Infracción directa.—El Tribunal desconoció el dominio y posesión inscrita de los demandantes Benjamín y Luis Angel Restrepo sobre la cosa singular: 1º Elemento de la reivindicación. Este primer elemento está demostrado: a) Con la escritura número 1054 de 29 de julio de 1944 de la Notaría Primera de Ibagué, debidamente registrada en la Oficina de Registro del mismo Circuito (folios 1 y ss. C. número 1). Y cobra fuerza para robustecer la restitución, con la propia afirmación de Belisario Salinas cuando en los hechos de su demanda se refiere a la titulación de los Restrepos. (Véanse hechos de la demanda de Salinas). b) Copias de la escritura pública número 4459 de la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá, del 20 de diciembre de 1943, debidamente registra-

da contentiva de la protocolización del juicio de sucesión de Telésforo Jiménez, dentro del cual se operó la adjudicación de las cuotas a los vendedores. c) Copia de la escritura pública número 16, de la Notaría 2ª del Circuito de Ibagué, del 9 de enero de 1926, registrada, por la cual Félix Jiménez y Telésforo Jiménez, en su carácter de dueños en común o proindiviso, hicieron partición amigable, habiendo correspondido a Telésforo Jiménez el lote denominado 'La América', dentro del cual quedó comprendido el lote que es materia de la reivindicación. d) Copia de la escritura número 125 de la Notaría 2ª del Circuito de Ibagué, de fecha 24 de febrero de 1920, por la cual Telésforo Jiménez adquirió, por permuta, de Licerio Jiménez, el mismo lote. e) Copia de la escritura pública número 439, de la Notaría 2ª del Circuito de Ibagué de 8 de septiembre de 1916, por la cual Telésforo Jiménez y otro, adquirieron de Celerino Jiménez ese mismo lote. f) Copia de la escritura pública número 346 de la Notaría 2ª de Ibagué del 22 de septiembre de 1914, registrada, por la cual el tradente Félix Jiménez, adquirió, por permuta, del General Celerino Jiménez, el mismo lote. g) El título de adjudicación al General Celerino Jiménez del globo 'La América', en copias expedidas por el Consejo de Estado, debidamente legalizadas y registradas, por la cual dicha entidad decretó la nulidad de las resoluciones números 29 y 1ª respectivamente de 23 de septiembre y 22 de diciembre de 1941, originarias ambas del Ministerio de la Economía Nacional, por la cual se declaró extinguida la condición resolutoria que afectaba la adjudicación del baldío 'La América', es decir, la misma finca que fue adjudicada como baldío, en 16 de octubre de 1908, por el Ministerio de Obras Públicas y Fomento.

"Sobre esta materia la Corte ha dicho que, para el éxito de la acción reivindicatoria, basta que el actor aduzca títulos legales que revelen su propiedad en época anterior a la en que se inició la posesión del demandado (obsérvese que Salinas dice en su demanda que 'desde hace más de veinte años'. (No se precisa en el tiempo, y se acoge a la ley 50 de 1936), porque con esos títulos que caracterizan jurídicamente su derecho, se destruye la presunción nacida *del mero hecho de la posesión del reo, no respaldada por ningún título*, sin necesidad de demostrar para los efectos de la sentencia la cadena completa de sus antecesores en el dominio de la finca reivindicada, como lo tiene establecido la jurisprudencia que ha rechazado la prueba *diabólica*. (G. J. T. LI, números 1971 y 1972, pág. 165). (Las sub. del suscrito). El Tribunal desconoció la singularización o determinación específica de la cosa reivindicable. 2º Elemento de la acción reivindicatoria. Toda la titulación habla de que el lote 'Los Llanos del Placer' está comprendido dentro de la finca 'La América'. Es cosa singular y cierta, porque está claramente demostrado: 1º Con los títulos; 2º Con las diligencias de inspección ocular; 3º Con la confesión del demandado; y 4º Con las declaraciones de testigos idóneos. El Tribunal desconoció la identificación de la misma cosa, o sea, que lo pretendido en la restitución es lo mismo demandadado. 3º Elemento de la reivindicación. En la diligencia de inspección ocular e idenficación, practicada por el Tribunal, quedó plenamente establecida esa identificación. Por propia percepción del Tribunal, como consta en el acta correspondiente, la cual fue suscrita además, por los peritos que actuaron en esta diligencia. Con relación a este punto, la Corte ha dicho, en casación de dos de abril de mil novecientos cuarenta y uno: 'Cuando la inspección ocular se practica con intervención de peritos se producen en realidad dos pruebas diferentes, de mérito distinto; respecto de los hechos y circunstancias observadas por el Juez que constituye la inspección ocular propiamente dicha, *el acta de la diligencia en que se relacionan hace plena prueba*. Artículo 730 del C. Judicial. (Subraya el suscrito).

El Tribunal desconoció la posesión del demandado sobre el lote, materia de la reivindicación: 4º Elemento de la reivindicación: 'Con la condición de que la posesión inscrita actual del demandante sea anterior a la posesión material del demandado, y, *si no lo es, que tal posesión inscrita tenga vinculaciones hacia atrás en inscripciones canceladas hasta llegar al registro primitivo*', agrega el Tribunal. (Sub. el suscrito). Este último hecho también está demostrado en el juicio. Lo confiesa Salinas. Se deduce de todas las piezas del proceso, y sólo basta hacer una confrontación juiciosa de la titulación que ha sido enumerada, a lo cual se agregan, las sentencias tomadas del juicio en que Higinio Guzmán fue vencido, en acción ordinaria, por el doctor Telésforo Jiménez. Demostrados, como quedan, los cuatro elementos que, según la jurisprudencia, configuran la acción de reivindicación, el Tribunal ha quebrantado los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil.

"*Aplicación indebida, e interpretación errónea*, se desprende del hecho de haber el Tribunal desconocido, primeramente, el valor probatorio de la inspección ocular practicada por ese mismo despacho, y por último, la larga y completa titulación que habla sobre el dominio pleno y posesión ins-

crita de la parte demandante. La sentencia incidió, entonces, por haber aplicado disposiciones adjetivas, declarando probada una excepción que no existe en autos. (Artículo 343 del Código Judicial). Y, aun cuando es ésta una disposición que le señala al Juez determinada línea de conducta para la prosecución de los juicios civiles, y, al decir de la Corte, es una disposición puramente adjetiva que escapa a la casación, para el caso que nos ocupa está relacionada directamente con las causales que hacen viable la acusación de la sentencia: situaciones no comprendidas, dentro del juicio, de acuerdo con los enunciados de la técnica de casación".

Se estudiará en conjunto la demanda de casación para apreciar mejor su contenido y alcance.

Se considera:

El fundamento principal de las acusaciones que formula el recurrente, se halla en haber declarado el Tribunal probada la excepción perentoria de "inepta demanda por ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante", siendo así que, en concepto de aquél, tal excepción es inaplicable respecto a la demanda de reconvención cuyos autores, señores Restrepo, tienen perfecta personería para instaurarla.

El Tribunal, por su parte, como se vio, considera que por la circunstancia de provenir el título de los señores Restrepo de una comunidad, con él únicamente se les transfirieron derechos indivisos y no cuerpo cierto. Por tal motivo dedujo que los referidos derechos entraron a formar parte de la misma comunidad a nombre de la cual, y no para ellos personalmente, han debido ejercitar las acciones que en la demanda se contienen.

Para resolver sobre esta cuestión, basta establecer si quienes otorgaron el título a los señores Restrepo eran o no las únicas personas con derechos en tal comunidad. Sin duda alguna es equivocada la afirmación hecha por vía general de que el adquirente a título de venta o permuta de una parte del terreno sujeto a comunidad, necesariamente entra a formar parte de la misma y no puede tener por ese título el dominio como cuerpo cierto sobre la respectiva porción del inmueble, con prescindencia del resto. Y es erróneo tal concepto, porque no hay impedimento de ninguna clase para que los comuneros, obrando de consuno, procedan a transferir a un tercero todo el terreno o parte de él, como cuerpo cierto y determinado por los linderos y cabida —si es el caso— que en el título respectivo se señalen. Al obrar todos de acuerdo y transferir sus diversos derechos en el inmueble o en parte de éste, el adquirente pasa a ser titular del dominio pleno sobre lo que recibe, exactamente como sucedería si el tradente fuera uno solo y obrara en calidad de único dueño.

Cosa muy distinta ocurre cuando uno o varios de los comuneros —no la totalidad—, venden los derechos indivisos sobre el inmueble a un tercero. En este caso, en razón de que la cuota del tradente no está radicada en porción determinada ninguna del inmueble, pues apenas concurre con las cuotas de los demás en todas y cada una de las partes del bien, el adquirente solamente recibe derechos indivisos o cuota parte en la comunidad. Así pasa a ser comunero en sustitución de su antecesor, porque los derechos transmitidos por aquél no le confieren el pleno dominio sobre porción ninguna del terreno.

Es decir, se deben diferenciar dos casos: cuando los comuneros que representan el ciento por ciento de los derechos, venden el pleno dominio que así reunidos les corresponde sobre todo el inmueble o parte de éste; y cuando uno o más de los comuneros, dueños sólo de cuotas sobre el total, enajenan sus derechos en la comunidad.

En el primer caso, las personas que adquieran de todos los copropietarios porciones del terreno común, delimitadas por sus particulares linderos, y que por ende pasan a ser dueñas de cuerpo cierto respecto a esas partes que han salido de la indivisión, nada tienen que ver con las zonas que permanecen en cabeza de la primitiva comunidad ni con los nuevos contratos que celebren los comuneros para su venta o permuta.

Por el contrario, según el segundo caso propuesto, quienes adquieren derechos indivisos en la comunidad, como han llegado a ser comuneros sobre la totalidad del inmuble, deben ser indispensablemente partes en los contratos en que se pretenda enajenar como cuerpos ciertos porciones del terreno común.

Sucede a este respecto exactamente lo mismo que cuando se trata de un bien que es patrimonio de una sociedad legalmente constituída. La diferencia anotada aparece entonces entre el acto de vender por la sociedad ese bien y el acto de enajenar uno de los socios los derechos que le corresponden en el haber social cuando no se trata de sociedades *intuitu personae* y la cesión de derechos es permitida. Por eso el artículo 2323 del C. Civil dice que "El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el

haber social". En el primero, la sociedad transfiere el dominio pleno del inmueble que vende como cuerpo cierto; y en el segundo, el aquirente únicamente recibe los derechos del socio radicados en la generalidad del haber social y no en forma plena sobre ninguno de los bienes que lo constituyen.

Igualmente, es análogo el caso de venta directa por todos los comuneros del inmueble en conjunto o dividido en lotes, que el de venta por intermedio de la justicia y a solicitud de cualquiera de ellos, tal como lo prevé el Código Civil en sus artículos 2334 —en armonía con el 1134 del C. Judicial—, y siguientes. Sería sencillamente absurdo sostener que a pesar de reunir la unanimidad de derechos y consentimientos, el contrato suscrito por todos los comuneros no transfiere el pleno dominio como cuerpo cierto sobre la parte o partes del terreno común, delimitadas por sus respectivos linderos.

De lo anterior se concluye, volviendo al caso de autos, que si los tradentes de los Restrepos representaban la totalidad de los derechos sobre la comunidad que en mayor extensión existía en ese lote, entonces estos señores adquirieron tal terreno como cuerpo cierto y nada tienen que ver con dichos comuneros, siendo perfecta su personería para los efectos de la reconvención. Pero si, por el contrario, sus tradentes representaban apenas parte de esos derechos, únicamente adquirieron cuotas indivisas en la comunidad y entraron a formar parte de ésta. En esta última hipótesis su personería sustantiva resultaría ilegítima, de acuerdo con lo resuelto por el Tribunal, porque era a nombre de la comunidad dueña de los terrenos que debían haber instaurado la acción.

Se pasa, en consecuencia, al examen de este punto.

Los señores Restrepo adquirieron el lote de terreno denominado "Valle del Placer", dentro del cual está comprendido el lote que posee el señor Belisario Salinas y se denomina "Los Llanos del Placer" conforme se determinó en la diligencia de inspección ocular que obra a folios 13 del cuaderno número 9, por compra que hicieron a los señores Clara Hoyos v. de Jiménez, Jorge, Isabel, Benjamín, Bernardo, Guillermo y Miguel Jiménez Hoyos, según escritura número 1054 de 29 de julio de 1944, de la Notaría Primera de Ibagué (folios 22 y ss. cuaderno número 5).

El inmueble "La América" había sido de propiedad común de los señores Félix y Telésforo Jiménez. En la repartición amigable que de éste y otro predio hicieron ellos por escritura número 16 de 9 de enero de 1926 otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué, se le adjudicó a Telésforo Jiménez el pleno dominio sobre la totalidad de dicha finca.

Luego, en el juicio de sucesión de Telésforo Jiménez, dueño único de "La América", se adjudicó esta finca a sus herederos —hecha deducción de los lotes ya vendidos a varias personas—, así: a Clara Hoyos v. de Jiménez una cuota por $ 3.665.00, y a Jorge, Isabel, Benjamín, Guillermo y Miguel Jiménez Hoyos una cuota en común de $ 4.405.00. La parte no adjudicada a los señores Jiménez y señora v. de Jiménez ($ 3.930.00), corresponde, como allí se advierte, al valor de los lotes vendidos a terceros.

La sucesión se encuentra protocolizada por escritura número 4.459 de 20 de diciembre de 1943 de la Notaría Primera de Ibagué, copia de la cual obra a folios 4 y siguientes del C. número 5.

Analizado el asunto hasta aquí, queda simplemente por determinar si esos terceros a quienes se habían vendido lotes que forman la parte no adjudicada a los señores Jiménez y vda. de Jiménez, quedaron como comuneros en esa cuota por valor de $ 3.930.00 o si eran y siguieron siendo dueños absolutos de sus respectivos lotes. En el último evento la comunidad quedó circunscrita a lo adjudicado a los Jiménez, pero en el primero, la comunidad siguió constituída sobre las tierras que formaban la hacienda "La América" y los terceros son dueños indivisos de esa cuota sobre la totalidad de su extensión.

De acuerdo con la diligencia de partición, debidamente aprobada por sentencia del juez de la causa, la finca "fue avaluada en la suma de $ 12.000, de la cual *se han deducido los lotes vendidos* a los siguientes señores: Marco Tulio Martínez, Justiniano Rodríguez, Marco Martínez, Pablo Rodríguez, Heriberto Castaño, Daniel Castaño, Alonso Bonilla, Rafael Valderrama y Manuel José Osorio, crédito cuyo valor total es de $ 3.930.00 y no de $ 3.550.00 como erróneamente se dice en el inventario. Por lo tanto *queda el resto de la finca por un valor de* $ 8.070.00 que se han repartido así: A la señora Clara Hoyos v. de Jiménez, derechos por la suma de 3.665.00 y a los herederos siguientes: Jorge Julio, Bernardo, Guillermo, Benjamín, Miguel e Isabel, por iguales partes, derechos por la suma de $ 4.405.00".

Como se ve, a quienes habían adquirido los lotes no se les adjudicó el derecho de $ 3.930.00 en la comunidad. Del total de la finca *se dedujo* la parte vendida a ellos, y el resto, avaluado en $ 8.070.00, fue lo que se adjudicó en común a los señores Jiménez.

La aclaración transcrita consta al pie de cada

una de las hijuelas que sobre dicha hacienda se formaron a favor de la viuda e hijos del causante.

Por otra parte, todos los señores Jiménez y la viuda de Jiménez vendieron a los señores Restrepo el terreno "Valle del Placer". La escritura correspondiente no habla de indivisión ni dice que se transfieran derechos en la comunidad radicados en esa parte. Por aquel instrumento se enajenó el bien como cuerpo cierto. Al transferir el dominio pleno los vendedores obraron en calidad de únicos dueños de derechos en la comunidad que quedó por razón de la mencionada partición hecha en el sucesorio de Telésforo Jiménez, y advirtieron que ese globo formaba parte de la finca La América, matriculada el 24 de febrero de 1944 al verificarse el registro de las hijuelas y partición en dicha mortuoria.

Entiende la Sala, como conclusión del examen anterior, relativo al origen del título de los señores Restrepo, que al realizarse la partición en la sucesión de Telésforo Jiménez quedó expresamente excluída de la antigua hacienda "La América", la zona formada por los lotes vendidos a las personas allí mencionadas, y que únicamente se adjudicó en tal partición a la viuda e hijos del causante la parte restante. Observa también la Sala que al verificarse el registro del trabajo de partición y de las hijuelas, se matriculó la parte comprendida en ellas con el mismo nombre de "La América", de acuerdo con la constancia puesta por el Registrador y que se ve a folio 8 vuelto del C. número 5.

Lo expuesto quiere decir que la comunidad constituída sobre lo adjudicado a la viuda e hijos del señor Jiménez, nada tiene que ver con los lotes anteriormente vendidos a otras personas, excluídos como fueron, precisamente; de tal adjudicación. Y como los señores Jiménez obraron en su condición de únicos dueños en común sobre la parte vendida a los Restrepo —cierta y determinada por linderos especiales—, éstos nada tienen que ver con los anteriores adquirentes de otras porciones de la vieja hacienda ni con la comunidad que sobre el resto de la nueva conservaron los Jiménez.

Los Restrepo, por consiguiente, no son comuneros en tierras distintas de las que les fueron vendidas por la escritura Nº 1054 de 1944, y tampoco tienen comunidad con ninguna otra persona sobre ellas. De lo cual se deduce que al demandar en sus propios nombres y en calidad de dueños del inmueble "Valle del Placer", ejercitaron acciones propias emanadas del pleno dominio que pretenden ejercer sobre aquel bien, con base en su título y en los de sus tradentes. En consecuencia, su personería sustantiva es evidentemente perfecta. Las peticiones así formuladas son pertinentes. No existe, pues, el vicio de ineptitud sustantiva que el Tribunal encontró.

La violación por aplicación indebida del artículo 343 del C. Judicial, alegada por el recurrente, está comprobada. En consecuencia, incurrió el Tribunal en violación, por falta de aplicación de los artículos 740, 752 y 946 del C. Civil por razón de no haber estudiado los títulos de dominio que se le presentaron y el valor y alcance de las tradiciones en ellos contenidas. La sentencia del Tribunal debe, pues, casarse.

Sentencia de instancia

Los señores Restrepo aducen como origen de la titulación sobre la finca "Valle del Placer" la adjudicación hecha al General Celerino Jiménez, en el año de mil novecientos ocho (1908) de terrenos baldíos en superficie de sólo 428 hectáreas con 2.200 metros cuadrados, y de acuerdo con los linderos que allí se señalan. (Cert. Registrador, folio 26, C. 5). Pero hay mucha diferencia entre la extensión y linderos de tal adjudicación y la extensión y linderos de la hacienda La América que se hace figurar en las ventas de Celerino Jiménez a Félix, Licerio y Telésforo Jiménez, y luego en la permuta entre Félix y Telésforo Jiménez.

Ciertamente, los linderos que figuran en el título de adjudicación mencionado son completamente distintos de los que se hacen figurar en las escrituras de venta del General Celerino Jiménez a Félix, Licerio y Telésforo Jiménez; en éstos se hace figurar como punto de partida un mojón en las propias faldas del Nevado del Tolima, y en aquéllos la confluencia de las quebradas Las Palomas y Tolima que en los últimos no se mencionan; en los correspondientes a la adjudicación de baldíos no se citan las lagunas de que se habla en la escritura de venta; y en cambio en aquéllos se hace referencia a la Cuchilla de San José y a la quebrada El Desagüe y su desembocadura en el río Totare, y éste aguas arriba hasta la confluencia de las quebradas Las Palomas y Tolima, nada de lo cual aparece en los últimos.

La identidad de los dos predios, el adjudicado al General y el que luego aparece éste vendiendo, no surge de tales títulos ni se ha demostrado.

Por otra parte, en la repartición amigable que luego hicieron Félix y Telésforo Jiménez, dueños ya por entonces de los derechos transferidos por el General Jiménez, aparecen nuevos linderos que se separan completamente de los determinados en los tí-

tulos de adquisición de aquéllos, o sea en la escritura de venta del General Celerino Jiménez a Félix, Telésforo y Licerio Jiménez. Estos nuevos linderos se asemejan más bien a los del título de adjudicación al General Jiménez, en sus partes primera y última, pero contienen fundamentales diferencias desde el punto en que se habla de una línea recta al cerro de El Aguila, para seguir en línea recta a la cuchilla que encierra por el occidente la hoya de la loma de Bomboná, de allí hasta la quebrada de Bochinchosa, luego al cerro de El Aguila nuevamente y, por último, siguiendo la recta al cerro más alto que se encuentra al sur del cerro de San José. Porque ni el cerro de El Aguila, ni la loma de Bomboná, ni la quebrada La Bochinchosa, ni la cuchilla de El Mulato aparecen mencionados en la adjudicación al General ni en las escrituras de venta de éste a los contratantes Félix y Telésforo Jiménez.

Es importante observar que en las ventas del General a los Jiménez, y en la división entre éstos, no se habla del área de la finca La América, mientras que en la adjudicación al primero por la Nación sí se menciona expresamente.

También hay diferencias fundamentales relativas a la extensión de las dos fincas La América: la adjudicada al General y la que aparece siendo objeto de venta por éste y luego de permuta entre Félix y Telésforo.

Conforme al título de adjudicación de baldío al General Jiménez, el globo de terreno debía tener únicamente 428 hectáreas con 2.2000 m2. Pero de acuerdo con la diligencia de inspección ocular, visible a los folios 10 y 11 del C. número 2, solamente el lote "Llanos del Placer" ocupado por el señor Salinas tiene capacidad para dar pastaje a un número aproximado de 600 reses y 44 mulas. Y hay constancia de que este lote no es sino parte del globo denominado "Valle del Placer", vendido por los Jiménez herederos de Telésforo Jiménez a los reconvinientes Restrepo, el que a su vez apenas representa parte de la hacienda La América que el causante había adquirido en la permuta con Félix Jiménez. De ser cierto lo afirmado por los reconvinientes, Llano del Placer debiera representar una pequeña parte de la finca La América, pero en realidad tiene una extensión superior a la que conforme al título de adjudicación le corresponde a toda esta hacienda, según aparece del dictamen pericial de la segunda instancia, (C. 9, fls. 22 y ss.).

Los peritos en esta diligencia comprobaron la identidad absoluta entre la alinderación que describe la escritura número 754 de 19 de julio de 1945 de la Notaría Segunda de Ibagué, título de compra del demandante Salinas a Higinio Guzmán, con los cerramientos del globo Los Llanos del Placer, objeto de la inspección y el dictamen.

En nueva diligencia de inspección ocular practicada en la segunda instancia (C. número 9, fls. 13 y ss.), se identificó una vez más el predio Los Llanos del Placer y se pudo comprobar que "el lote ocupado por Salinas en las condiciones ya expresadas sí se halla situado dentro de aquel lote" (el de los Restrepo). Y también se estableció que el lote adquirido por éstos hace parte del terreno La América "según especificaciones que de este globo se dan en el memorial de pruebas del apoderado de los señores Restrepo".

Pero resulta que el globo que alindera el apoderado de los Restrepo, del cual vendría a ser parte el ocupado por Salinas, según se constató, no corresponde al que se alindera en el título de adjudicación al General Jiménez; igualmente, por tener linderos completamente distintos, tampoco corresponde al que el General aparece vendiendo a los Jiménez, y no coincide con el que figura en la permuta o división amigable entre Félix y Telésforo Jiménez. Al comparar el primero con éste, las líneas divisorias resultan distintas, porque a partir de la referencia a la quebrada La Bochinchosa y hasta encontrar el cerro de San José, los linderos que puso en su memorial el apoderado de los Restrepo no aparecen en el mencionado contrato de permuta.

Todo lo cual quiere decir que no se estableció que el terreno adquirido por los Restrepo forme parte del que le correspondió a Telésforo Jiménez en la división material que hizo con Félix Jiménez; mucho menos que sea parte de la hacienda La América vendida por el General Celerino Jiménez a Félix, Telésforo y Licerio Jiménez, y menos aún de la hacienda La América adjudicada por la Nación al General.

Y esto es evidente, si se tiene en cuenta que el perito principal Ramón Cardona expone que "no se puede afirmar, repito, que dicho lote del Placer se halle contenido dentro del globo de La América, porque El Placer, de que he venido hablando mide aproximadamente unas cinco mil hectáreas, en tanto que el globo de La América, de acuerdo con lo que dice el título de adjudicación de dicho terreno (folio 43 del C. 3) mide solamente 428 hectáreas con 2.200 metros cuadrados, siendo un imposible físico que este lote de menor extensión pueda contener el otro que como ya dije tiene una extensión muchas veces mayor".

El perito Alfredo Pinto manifiesta, en sentido opuesto, que el lote El Placer está comprendido dentro de los terrenos de la finca denominada La América. Pero no habla de la extensión de ninguno de ellos, no identifica siquiera lo que él entiende por finca La América ni dice que se trate del globo de terreno adjudicado al General Celerino Jiménez o de la zona que los señores Telésforo y Félix Jiménez comprendieron dentro de los nuevos linderos señalados al hacer su contrato de repartición amigable. Es decir, aparece de manifiesto la sin razón del concepto y la poca imparcialidad con que lo dio.

Designado perito tercero el señor Floro Zuluaga, adhirió en un todo al dictamen del perito Ramón Cardona, único que en concepto de la Sala merece crédito. Por la fundamentación incontrastable que presentan estos dos dictámenes, acordes sobre el punto debatido, constituyen plena prueba. Quedó demostrado, pues, que el simple lote de El Placer tiene un área más de diez veces superior a todo el globo denominado La América adjudicado al General Celerino Jiménez, como que el primero cuenta con aproximadamente cinco mil hectáreas, al paso que el segundo únicamente tiene 428 hectáreas con 2.200 metros cuadrados. Así, por imposibilidad física absoluta, aquél no puede estar contenido en éste.

Aclarado el punto de la identificación de los diversos globos de terreno a que se refieren los distintos títulos que los reconvinientes alegan como antecedentes del suyo propio, es imperativo concluir que éstos no demostraron tener derecho de dominio sobre el que pretenden reivindicar y que se encuentra poseído por el demandante principal, señor Belisario Salinas. Por tanto, la reivindicación incoada queda sin base.

Esta conclusión es necesaria porque no habiéndose demostrado que los tradentes señores Jiménez fueron los dueños del terreno que forma la nueva hacienda La América —cuya extensión total debía sobrepasar en mucho las 5.000 hectáreas que comprende la zona poseída por Salinas, desde luego que la parte alinderada como Valle del Placer en el título de los Restrepo es apenas una porción de aquella hacienda—, no se demostró tampoco que los señores Restrepo hubieran adquirido en virtud de la venta que les hicieron los Jiménez el dominio sobre todo el terreno alinderado en tal título.

La extinción de la condición resolutoria por la sentencia del Consejo de Estado, que anuló las resoluciones del Ministerio de la Economía Nacional por las cuales no se declaraba dicha extinción, solamente comprende el área adjudicada de 428 hectáreas 2.200 metros cuadrados. No ampara, en consecuencia, la inmensa mayor extensión de la hacienda La América encerrada en los distintos linderos que se hicieron figurar en los títulos posteriores.

De todo lo expuesto se deduce que anduvo bien encaminado el juzgador de primera instancia, cuando resolvió absolver al demandado en reconvención señor Salinas, de la acción reivindicatoria enderezada contra él por los reconvinientes señores Restrepo, ya que falta el elemento esencial para la prosperidad de tal acción, o sea la identificación o coincidencia del bien singular determinado en la demanda y en posesión del demandado, con el que se determina en los títulos aducidos como fundamento de la pretensión. Ante la disparidad manifiesta entre el terreno objeto de la adjudicación como baldío y único al cual se extiende el título de dominio de los antecesores de los Restrepo, y el terreno poseído por Salinas —respecto al cual se ejercita la acción reivindicatoria—, es imperativo el desechar las peticiones de la demanda reconvencional.

No puede la Sala entrar en consideraciones acerca de la posesión y adquisición prescriptiva del señor Salinas, demandante principal, sobre el mismo terreno, en vista de que su apoderado no recurrió en casación contra la sentencia de seguda instancia que desestimó sus peticiones; razón por la cual ésta quedó fuéra de la jurisdicción de la Corte, y no puede ser modificada en este particular.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoriad de la ley, CASA parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en los juicios acumulados de Belisario Salinas contra Benjamín y Angel Restrepo y de éstos contra el primero, la cual quedará así:

1º REVOCASE el ordinal b) de la parte resolutiva de la sentencia apelada, para ABSOLVER en su lugar a los demandados Benjamín y Luis Angel Restrepo, de los cargos de la demanda instaurada contra ellos por Belisario Salinas, por hallarse demostrada la excepción perentoria de INEPTA DEMANDA por ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

2º Absuélvese al demandado Belisario Salinas de

los cargos de la demanda reivindicatoria que le instauraron Benjamín y Luis Angel Restrepo.

3º Cancélese la inscripción de la demanda.

4º Sin costas en las instancias.

5º No hay lugar a costas en casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. Hernando Lizarralde, Secretario.

LAS ACTAS DE ESTADO CIVIL NO SON SUFICIENTES POR SI SOLAS PARA COMPROBAR LA CAUSA DE LA MUERTE DE UNA PERSONA, QUE SOLO PUEDE DEMOSTRARSE MEDIANTE EL DICTAMEN DE EXPERTOS

La autenticidad que presume el art. 392 del C. C. en las actas asentadas en debida forma y destinadas a probar un determinado estado civil, no les dá eficacia sino para demostrar esos hechos y no se extiende más allá del radio de acción que les ha señalado la ley. Mucho menos puede darse carácter extensivo, en el caso sub-judice, a la partida de defunción que contiene la certificación del Inspector de Policía determinando la causa de la muerte, puesto que este documento, aunque auténtico, no tiene el alcance legal para suplir a la prueba adecuada, el acta de autopsia, o a la de expertos, con la cual se evidenciaría no sólo el hecho de la muerte de la víctima, sino el técnico de la causa inmediata o mediata de ésta, cuya falta de comprobación fue lo observado por el Tribunal.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes:

El día 11 de noviembre de 1945, en las horas de la tarde, fué hallada muerta, en las inmediaciones del municipio de Anolaima, la señorita Bárbara Moreno; y se afirma en la demanda, que la causa de su muerte fué la electrocutación que se produjo con el contacto que hizo con un cable conductor de la corriente eléctrica generada en la planta de aquella población, que se reventó y quedó extendido en el suelo, en el sitio por donde transitaba Bárbara cuando se dirigía a su casa de habitación. A pesar de la ruptura de la línea la corriente continuó transmitiéndose debido al funcionamiento ordinario y nocturno de la planta.

Las líneas conductoras de la energía que pasan por el sitio donde pereció la señorita Moreno, son de propiedad de la empresa denominada "Planta Eléctrica de Anolaima Limitada", y para la época del insuceso, la sociedad mantenía en mal estado los cables conductores y los postes que los sostenían, carecía de personal para la vigilancia de las líneas y de elemento de control y distribución de la electricidad.

La víctima era persona que gozaba de buena salud antes de su muerte y suministraba a su padre legítimo Desiderio Moreno los elementos necesarios y suficientes para su subsistencia con el sueldo que percibía como producto de su trabajo en oficios domésticos.

Estos hechos sirven de fundamento a la demanda que presentó ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá, Desiderio Moreno contra la sociedad "Planta Eléctrica de Anolaima Limitada", representada por su Gerente doctor Alfredo Afanador Salgar, para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.*—Que la empresa denominada "*Planta Eléctrica de Anolaima Limitada*", es civilmente responsable de la muerte de Bárbara Moreno, acaecida en el vecindario de Anolaima el once de noviembre de 1945.

"*Segunda.*—Que como consecuencia de la declaración anterior, la empresa denominada "Planta Eléctrica de Anolaima Limitada", debe pagar a Desiderio Moreno o en subsidio a la sucesión de Bárbara Moreno, representada en este juicio por su padre Desiderio Moreno, la suma de seis mil pesos como perjuicios materiales o aquella que se determine en este juicio.

"*Tercera.*—Que igualmente la empresa "Planta Eléctrica de Anolaima Limitada" está obligada a pagar a Desiderio Moreno o en subsidio a la sucesión de Bárbara Moreno, representada en este juicio por su padre Desiderio Moreno, la suma de tres mil pesos como perjuicios morales o aquella a que tenga derecho, por la muerte de su hija Bárbara Moreno.

"*Cuarta.*—Que la empresa "Planta Eléctrica de Anolaima Limitada" debe pagar las costas de este juicio.

La empresa demandada se abstuvo de contestar la demanda; y la primera instancia finalizó con el fallo del Juzgado Civil del Circuito Segundo de Bogotá, expedido el 24 de marzo de 1949, declarando civilmente responsable a la empresa de la muerte de Bárbara Moreno y condenándola al pago de la suma de *dos mil pesos* ($ 2.000) moneda corriente por concepto de perjuicios morales subjetivos; y, absolviéndola de los demás cargos de la demanda.

Sin costas.

Actor y demandado apelaron de esta decisión, recurso que motivó la segunda instancia, a la cual puso fin el Tribunal de Bogotá, con su sentencia de 16 de febrero de 1950; la cual revocó la apelada y en su lugar declaró no acceder a ninguna de las súplicas de la demanda y en consecuencia absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos de éste. Sin costas.

El principal fundamento del fallo del Tribunal consiste, después de estudiar las pruebas allegadas al proceso: la copia de la partida de defunción de Bárbara Moreno, y en la cual se hace constar que: "la causa principal de la muerte fué electrocutada que certificó Oficio del señor Inspector Departamental de "La Florida" Nº 165", la prueba testimonial y de anotar la ausencia en los autos de la diligencia de autopsia de Bárbara Moreno, en afirmar que: "no aparece demostrado el lazo de causalidad, o sea, no está demostrada una relación de causa a efecto, o, que fuera por culpa de la compañía demandada que haya perdido la vida la víctima.

"De lo anterior se desprende —continúa el sentenciador— que es imposible declarar que la compañía es responsable civilmente de la muerte de la señorita Bárbara Moreno.

"El elemento culpa no puede confundirse con el de causalidad. En el caso de autos, la culpa se presume, pero no puede presumirse el lazo de causalidad".

El recurso

La sentencia del Tribunal de Bogotá fué recurrida en casación por el actor. Sustanciado reglamentariamente el recurso se pasa a decidirlo.

Infiérese del texto de la acusación que, el recurrente apoya ésta en el ordinal 1º del art. 520 del C. J., pues, se expresa así: "Acuso el fallo recurrido por violación directa e indirecta, en virtud de su no aplicación de los arts. 2341 y 2356 del C. C., proveniente dicha infracción de la ley sustantiva de error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba".

El desarrollo del cargo puede sintetizarse así: Al estudiar el Tribunal los elementos que configuran la acción de responsabilidad civil extracontractual: culpa, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste, encontró demostrado el daño, pero no así la relación de causalidad, pues, afirma no estar demostrada legalmente, la causa de la muerte de Bárbara Moreno, que ésta fuera víctima de la electrocución. Conclusión que se debe a la apreciación manifiestamente errónea de todo el acervo probatorio, especialmente de la copia del acta de defunción de la Moreno, expedida por el Notario Principal de Anolaima, en la que consta que: "La causa principal de la muerte fué electrocutada que la certificó Oficio del señor Inspector Departamental de "La Florida", Nº 165", y en la de los testimonios de Emilio Sánchez, Custodio Caicedo, Gabino Caicedo y Anatolio Caicedo, testigos todos que concuerdan en las circunstancias de haber visto a Bárbara Moreno electrocutada, y cerca a su cadáver, que presentaba quemaduras en el cuerpo y las ropas, a una distancia de dos metros, el cable conductor de la energía eléctrica de propiedad de la empresa demandada reventado, extendido en el suelo.

"No obstante —observa el recurrente— el valor y fuerza de las pruebas anotadas, el Tribunal se los negó, incurriendo así en un evidente error de apreciación, tanto más abultado y notorio si se tiene en cuenta que por no haber sido tachado ni motejado de inveraz el contenido de la partida de defunción, ni por haberse dado contra él demostración en contrario, dicho instrumento público es auténtico y hace plena prueba, según los términos del art. 632 del C. J.".

La "no consideración del acta de defunción, cuyo contenido no ha sido impugnado, y la interpretación manifiestamente equivocada que el Tribunal hizo del mismo istrumento público, lo llevó a violar directa e indirectamente todas las disposiciones que gobiernan el presente caso de responsabilidad civil, por no aplicación de las mismas siendo el evento en que sí debía aplicarlas y despachar favorablemente las peticiones del libelo de demanda al caso sub-lite".

A lo que hay que agregar el dicho de los testigos citados, sobre la existencia de quemaduras en el cuerpo y la ropa de la víctima, el hecho de haberse hallado el cable conductor de la energía reventado, extendido en el suelo a corta distancia de ésta, con todo lo cual se llega a la conclusión definitiva de que la muerte de la señorita Moreno

"se debió a la causa narrada en el libelo de demanda, o sea al hacer contacto con la línea que conducía la corriente eléctrica producida por la "Planta Eléctrica de Anolaima Limitada".

"Empero, continúa el recurrente, el Tribunal juzgando erróneamente que la causa de la defunción se debe demostrar con la prueba específica o determinada del acta de autopsia, desestimó los elementos probatorios que obran en el expediente y les negó el valor probatorio que la ley les asigna. Y por haber desechado los indicios graves, precisos y conexos entre sí que en número plural obran en autos, violó el Tribunal las disposiciones que sobre el valor probatorio de los testigos consagra el art. 967 del C. J. y que sobre presunciones determina la misma obra en sus arts. 660 y 665; y ese mismo error que es manifiesto, evidente, lo hizo violar tanto de manera directa, como de modo indirecto, por su no aplicación, cuando sí debía aplicarlos, al presente negocio, los arts. 2341 y 2356 del C. C.".

Se considera:

El demandante persigue mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad por culpa extracontractual, el pago en dinero de una indemnización por concepto de perjuicios morales y materiales sufridos por él y con motivo de la muerte de su hija legítima Bárbara Moreno, que según la demanda, se produjo como consecuencia del contacto de ésta con un cable conductor de la corriente eléctrica, que se había roto, de propiedad de la entidad demandada. De aquí, que el actor debió demostrar la concurrencia de los tres requisitos inherentes a la acción indemnizatoria que había promovido: el daño sufrido en su patrimonio material, moral o de afección, el hecho culposo que ocasionó el perjuicio y la relación de causalidad entre ese hecho y este perjuicio.

El Tribunal llegó a la negativa de las súplicas de la demanda, a través de un recuento de aquellos requisitos de que antes se ha hablado, y que jurídica y formalmente, configuran la acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual, y después de proyectar sobre cada uno de ellos las pruebas que se adujeron en el debate. De este proceso comparativo entre la ley y las probanzas, halló que no se había demostrado, de acuerdo con la primera, uno de los eslabones de la cadena, la existencia del "lazo de causalidad", y la relación de causa a afecto: esto es; que fuera por culpa de la compañía demandada que hubiera perdido la vida la víctima".

Apreciación de la prueba, circunscrita a la copia de la partida de defunción de origen civil, testimonios e indicios, en que no estuvo errado el sentenciador, pues, la autenticidad que presume el art. 392 del C. C. en las actas asentadas en debida forma y destinadas a probar un determinado estado civil, no les dá eficacia sino para demostrar esos hechos y no se extiende más allá del radio de acción que les ha señalado la ley. Mucho menos, puede darse carácter extensivo en el caso sub-judice, a la partida de defunción que contiene la certificación del Inspector de Policía, determinando la causa de la muerte, puesto que, este documento aunque auténtico, no tiene el alcance legal para suplir a la prueba adecuada, el acta de autopsia, o a la de expertos, con la cual se evidenciaría no sólo el hecho de la muerte de la víctima, sino el técnico de la causa inmediata o mediata de ésta, cuya falta de comprobación fué lo observado por el Tribunal.

Lo propio puede afirmarse de la prueba testimonial. Los declarantes pueden relatar todo lo que cae bajo el dominio de sus sentidos, las circunstancias del hecho sobre que deponen, como la de haber visto el cable reventado y extendido en el suelo a poca distancia del cadáver y la de presentar éste, quemaduras en su cuerpo y ropas, hechos que están dentro de la esfera de lo que la ley señala como materia normal y propia en las declaraciones; pero, cuando los relatos de los testigos se salen de esta órbita para inmiscuírse en la conceptual y de deducciones de orden técnico o científico, como aquí sucede, entonces los testimonios pierden todo su vigor probatorio. Porque, la operación intelectual de establecer correspondencia entre los hechos que caen bajo el dominio de los sentidos y la causa específica de la muerte de una persona, escapa a quienes intervinieron en el debate judicial como testigos.

La no concurrencia de la prueba del acta de autopsia de la señorita Moreno, pedida y decretada, pero no allegada a los autos, ni la de expertos, dejó pendiente un vacío el de no haberse acreditado en las instancias de manera plena e indubitable, como lo exige la ley, para condenar en esta clase de demandas, la comprobación del vínculo de causa a efecto que ha de existir entre el daño sufrido y la culpa del demandado, sin que pueda atribuírsele al sentenciador inadvertencia sobre los relatos testimoniales y los indicios que de éstos podían desprenderse en cuanto al hecho de la muerte de

la señorita Moreno, por cuanto que, estimó como ineficaces tales elementos probatorios no para establecer ésta, sino para determinar técnicamente su causa. La que bien pudo provenir del contacto con el cable conductor de la corriente eléctrica generada en la planta de Anolaima, como también pudo ser una descarga electro-atmosférica que la fulminó, originada en la tempestad que azotó el lugar donde aconteció el insuceso.

Así las cosas, el fallo acusado no presenta contradicción alguna con la evidencia probatoria, por lo cual el cargo no puede tener éxito, y en tal virtud se rechaza.

Con base en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, expedida el 16 de febrero de 1950 en este juicio.

Costas a cargo del recurrente en casación.

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

Luis Enrique Cuervo — Pablo Emilio Manotas— Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas— Hernando Lizarralde, Secretario.

CAUSAL SEXTA DE CASACION — DENTRO DE ESTA CAUSAL NO SE COMPRENDE LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA — LA PARTE QUE SE CONFORMO CON EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA, CARECE DE INTERES JURIDICO PARA ACUSAR EN CASACION LA SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO CONFIRMATORIA DE AQUEL — CUANDO LA OBLIGACION DEL DEUDOR ESTA PRECISADA O DETERMINADA EN EL CONTRATO O EN LA LEY SUPLETIVA, LA SOLA INEJECUCION DE AQUELLA ACARREA LA PRESUNCION DE CULPA

1.—La ilegitimidad de la personería a que se contrae el sexto de los motivos de casación del artículo 520 del C. J., erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el numeral 2º del artírulo 448 ibidem, es la que se refiere a la facultad de representar en juicio, o personería simplemente adjetiva, y no la personería sustantiva, que se relaciona con el fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada.

2.—Todo lo que conduzca a calificar legalmente los fundamentos o motivos jurídicos de una sentencia, a esclarecer si son ellos ciertos o erróneos, es materia exclusiva de la primera de las causales del artículo 520 del C. J., que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva.

3.—Quien no apela del fallo de primera instancia, carece de interés jurídico para acusar el de segunda confirmatorio de aquél, porque el fin primordial de unificar la jurisprudencia no puede procurarse en casación sino a iniciativa de quien está interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarle. En casos como el que se contempla, nada ganarían los recurrentes con un fallo de casación y con la subsiguiente sentencia de instancia, porque éllos quedaron vinculados a la sentencia del Juez, con la cual se conformaron, sentencia que fué confirmada, sin modificación alguna por la del Tribunal (v. G. J. n. 1918, pág. 463).

4.—Cuando la obligación del deudor está precisada o determinada en el contrato o en la ley supletiva, la sola inejecución de aquélla acarrea la presunción de culpa y dá lugar a deducir contra el deudor la correspondiente responsabilidad, de la cual no puede eximirse sino suministrando la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor que lo hubiera colocado en imposibilidad de cumplir lo convenido. No le basta la simple demostración de la diligencia y cuidado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre veinte y seis (26) de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá, Luis Antonio Moreno M. propuso por medio de apoderado, juicio ordinario contra Norberto Díaz C. en su propio nombre y como representante de la sociedad denominada "Sociedad de Parcelación García Araoz" y contra ésta, representada por su gerente Blanca García, para que se declare:

"Primero.—Que se cumpla la promesa de contrato de compraventa de un lote de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Paime y conforme a los linderos especiales que adelante se consignan, que son los mismos que aparecen en el documento contentivo de la promesa de venta, celebrada en Bogotá el 21 de abril de 1947 con sus adiciones o modificaciones de 15 de mayo y 1º de agosto del mismo año.

"Segundo.—Que se condene a los demandados al pago de los perjuicios ocasionados por el no oportuno cumplimiento de la referida promesa de contrato; y

"Tercero.—Que se condene a los demandados al pago de las costas que origine la presente acción, conforme a lo estipulado en la misma promesa de venta".

Subsidiariamente se pidió:

"Primero.—La resolución del contrato de promesa de compraventa de un lote de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio de Paime, conforme a los linderos especiales que adelante se

consignan que son los mismos que aparecen en el documento de la promesa de venta celebrada en Bogotá el 21 de abril de 1947 con sus adiciones o modificaciones de 15 de mayo y 1º de agosto del mismo año, celebrado entre Luis Antonio Moreno M. promitente comprador y Norberto Díaz C. promitente vendedor, en representación de la sociedad "Parcelación García Araoz".

"Segundo.—Que en consecuencia, se condene a los demandados promitentes vendedores a pagar a mi poderdante y promitente comprador Luis Antonio Moreno M. la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente o sea el valor de las arras dobladas y los intereses corrientes de tal suma desde el momento en que se incumplió la obligación hasta que el pago se verifique.

"Tercero.—Que se condene a los demandados al pago de las costas y gastos de la acción".

Entre los hechos de la demanda, además de aquellos en que se invoca la celebración del contrato, se citaron los siguientes:

"3º—Originalmente fueron pactados en esa promesa de contrato quinientos pesos ($ 500.00) por concepto de arras del negocio imputables al precio de la compraventa, suma que fué entregada por el promitente comprador Moreno al promitente vendedor Norberto Díaz, el día de la firma de la promesa o sea el 21 de abril de 1947. Posteriormente y de común acuerdo fué modificada esa cláusula referente a las arras, asignándoles a éstas un valor total de un mil quinientos pesos ($ 1.500.00) suma ésta que íntegramente fué entregada por el promitente comprador Moreno y recibida a satisfacción en dinero efectivo por el promitente vendedor Díaz C. como consta en la adición anexa al documento contentivo de la promesa y en recibos debidamente firmados, expedidos por Norberto Díaz C. y que oportunamente se presentarán.

"4º—Originalmente también, fué fijada como fecha para la firma de la correspondiente escritura pública con la cual se formalizaría legalmente el negocio, la del día primero de agosto de mil novecientos cuarenta y siete, pero ese día y de común acuerdo entre los presuntos contratantes, se convino aplazar la firma de esa escritura para el treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, acto que debía llevarse a cabo en la Notaría de Zipaquirá de todo lo cual se dejó constancia escrita y firmada por ante testigos como aparece en el anexo del documento contentivo de la promesa a que me vengo refiriendo.

"5º—Obligación a cargo del promitente comprador y hoy poderdante mío, señor Luis A. Moreno, fué la de pagar al tiempo de la firma de la escritura del lote de La Piedra, esto era, el día treinta de septiembre próximo pasado, en la ciudad de Zipaquirá, la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, ya que el resto del precio sería amortizado en siete cuotas semestrales iguales, cuotas cuyo monto se fijaría una vez hecha la correspondiente mensura dentro de los linderos señalados y a razón de ciento sesenta pesos ($ 160.-00) cada una fanegada, garantizando el pago del saldo con hipoteca del mismo lote.

"6º—El día fijado, es decir, el treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete el señor Luis Antonio Moreno M. estuvo personalmente en compañía del doctor Norberto Díaz C. en la Notaría de Zipaquirá, portando en efectivo los un mil pesos que estaba obligado a pagar, dispuesto a pagarlos y a recibir la escritura, escritura que hasta hoy por razones desconocidas no se otorgó, quedando por consiguiente incumplida la obligación que correspondía a la parte promitente vendedora. La veracidad de este aserto será ratificada por la aceptación de mis demandados, la Gerente de la Sociedad y el Ingeniero doctor Díaz C. y para probarlo hasta la saciedad, confirmado con el testimonio o certificado del señor Notario del Circuito de Zipaquirá a quien de manera directa le consta lo ocurrido, conforme aparece en escrito que reposa en poder del Ingeniero señor doctor Norberto Díaz, quien deberá presentarlo".

El demandado Díaz en la contestación de la demanda expresa, en síntesis, lo siguiente:

"Admite que no contrató directa y personalmente con Moreno sino que lo hizo a nombre de la sociedad "García Araoz" de la que sin embargo no tenía el carácter de representante legal, pues sólo el gerente puede representar en juicio a "Parcelaciones García Araoz";

"Reconoce el derecho que asiste a Moreno para instaurar su demanda, "pues sí es cierto en todas sus partes el compromiso de venta que él invoca y que es el mismo del documento que en copia sin autenticación ha exhibido con las adiciones correspondientes...";

"De consiguiente la base del derecho del demandante, o sea el documento en referencia en donde consta el contrato, es cierto en su totalidad pero el demandado Díaz obró en ese contrato "a manera de un factor de comercio", en el elemento preparatorio del contrato solemne de venta que ha debido verificarse, con base en la cláusula 8ª del contrato social, en el desarrollo de la cual fué costumbre que el ingeniero doctor Díaz ajustase precios y formalizase las promesas de venta de la

parcelas, con recepción de los precios o arras de contrato, sin intervención de la señora gerente quien solamente hacía acto de presencia al tiempo del otorgamiento de la escritura pública para firmarla. Así se verificaron muchísimos actos de enajenación de diferentes parcelas por la sociedad "García Araoz";

"A pesar de que el contrato de promesa de venta ajustado con Moreno (aquí demandante), tiene todas las características de seriedad y legalidad, a él no se le dió cumplimiento por haberse negado la señora Blanca v. de Junguito a solemnizarlo, en su calidad de gerente de "Parcelaciones García Araoz" sin causa alguna justificativa, pues en repetidas ocasiones el doctor Norberto Díaz C. hizo saber a la señora gerente la urgencia y necesidad de otorgarle a Moreno la escritura de venta el mismo día de vencimiento del término del contrato de promesa, o sea, el 30 de septiembre de 1947 y, él (Díaz) estuvo con Moreno en la Notaría de Zipaquirá en dicho día, dispuesto al otorgamiento de la escritura".

Refiriéndose a las peticiones de la demanda dijo:

"Al punto **primero:** No me opongo. El contrato debe cumplirse por la Cía, "Parcelaciones García Araoz" representada por su gerente señora Blanca García v. de Junguito.

"Al punto **segundo:** Me opongo mientras no se comprueben los perjuicios.

"Al punto **tercero:** Me opongo por lo que respecta a mi mandante, ya que en el fondo él no hace oposición a la acción.

"Peticiones subsidiarias:

"Al punto **primero:** No me opongo.
"Al punto **segundo:** Sí me opongo.
"Al punto **tercero:** Sí me opongo".

El representante de la sociedad demandada afirmó que ésta no intervino por medio de su gerente, que es su representante legal, en el contrato de promesa de venta celebrado por el doctor Norberto Díaz con el demandante, ni lo ratificó, ni recibió el todo ni parte de las arras que el último dice haber entregado; que es extraña a dicho contrato y que no se le puede obligar a cumplirlo, por lo cual se opone a que se hagan contra la sociedad las declaraciones solicitadas.

El Juez del conocimiento desató la controversia en sentencia de 30 de junio de 1949, por medio de la cual no accedió a las súplicas principales, pero en cambio decretó la resolución del contrato de promesa; condenó "al demandado promitente vendedor Norberto Díaz C. a pagar a Luis Antonio Moreno M. la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00), moneda legal que aquél recibió de éste como arras y para abonar al precio del inmueble prometido en venta, de que se habló en la parte motiva de esta providencia, y los intereses legales de tal suma desde el momento en que se incumplió la obligación hasta que el pago se verifique" y a pagar las costas del juicio.

El apoderado de Díaz no apeló de ese fallo, pero sí el actor, a quien se le concedió el recurso, que fué decidido por el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia de diez de marzo de mil novecientos cincuenta, por medio de la cual adicionó la apelada en el sentido de condenar, como condenó a Díaz C. a indemnizar al actor de los perjuicios que le haya ocasionado con el incumplimiento de la promesa y para liquidarlos remitió a las partes al procedimiento del artículo 553 del C. Judicial.

En ese fallo el Tribunal acogió en un todo las consideraciones del Juzgado, salvo en lo atinente a perjuicios, pues estimó que en la súpica segunda de la demanda principal no se reclaman perjuicios moratorios sino los ocasionados por el incumplimiento de la promesa; que esa súplica "no es consecuencia ni está subordinada al resultado de la primera sobre cumplimiento de la promesa, como erróneamente lo estimó el sentenciador de primera instancia"; que el hecho de no haber figurado a continuación de las peticiones subsidiarias sobre resolución y como consecuencia de ésta "implica apenas un defecto adjetivo o de forma que no puede afectar el derecho sustantivo del actor"; que además cuando se declara la resolución de un contrato la sentencia no peca por exceso al condenar a las consiguientes restituciones con indemnización de perjuicios, aún no habiéndose demandado sino la resolución, porque la acción carecería de objeto si su resultado afirmativo no fuera el de volver las cosas al estado que tenían antes, con la indemnización de que trata el artículo 1930 del Código Civil; que "argumentando **a fortiori, menos puede haber fallo ultra petita** cuando sí se demandó tal indemnización, aunque en forma poco técnica"; que la inejecución por el deudor de una obligación contractual de hacer, hace presumir en su contra una culpa; que además existió culpa de parte de Díaz C. al vincularse contractualmente con Moreno, respecto de un negocio de la sociedad, sin previo consentimiento de ella, y más bien contrariando esa voluntad social. Y refiriéndose

dose al concepto del Juzgado sobre que en el presente caso no aparecen comprobados los perjuicios que el actor haya podido sufrir dijo:

"Sobre este aserto interesa recordar que la compraventa es un contrato oneroso y conmutativo, de manera que quien lo celebra o promete celebrarlo no lo hace por mero capricho o por placer; interesa anotar que el interés legal del dinero no compensa la mayor de las veces el provecho o rendimiento de una parcela rural que se explote intensamente por su dueño; que desde el mes de septiembre de 1947 en que debió perfeccionarse la compraventa, hasta la fecha, han transcurrido más de dos años de zozobra e inseguridad para el promitente comprador Moreno que no pueden compensarse con las simples costas procesales de este juicio, visto ya que, por otro concepto, el demandante Moreno no puede exigir siquiera del demandado Díaz la pena consistente en la devolución de las arras dobladas".

Al apoderado de Díaz C. se el concedió recurso de casación contra el fallo y por haberlo sustentado en su oportunidad, se procede hoy a decidirlo:

El recurrente invoca las causales 1ª, 2ª y 6ª del artículo 520 del Código Judicial, y por razones de orden lógico, se principia el estudio siguiendo un orden inverso al en que vienen propuestas.

En el Capítulo III de la demanda de casación, bajo el título de "ilegitimidad sustantiva de la personería en la parte demandada", aduce el recurrente la causal 6ª del artículo 520 del C. J., y en los motivos que expone para sustentarla expresa que el actor dirigió su demanda contra la Sociedad "Parcelación García Araoz" y contra el doctor Norberto Díaz; que la primera no podía ser demandada porque el documento que sirve de base a la acción requería para su validez la firma del gerente, y ésta no figura en él y de consiguiente no hay vinculación jurídica con ella, y que el segundo tampoco podía ser demandado, porque contrató a nombre y beneficio de la Sociedad, en ejercicio de las funciones que como socio parcelador le confiere la escritura social; que el contrato no se perfeccionó y no produce efectos jurídicos; y que en tales circunstancias "hay ilegitimidad sustantiva en la personería de los demandados".

Se considera:

El cargo es notoriamente improcedente, pues como lo ha sostenido la Corte en reiterada y uniforme jurisprudencia, la ilegitimidad de la personería, a que se refiere el sexto de los motivos de casación del artículo 520 del C. J., erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el numeral 2º del artículo 448 ibidem, es la que se refiere a la facultad de representar en juicio, o personería simplemente adjetiva, y no a la personería sustantiva, que se refiere al fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada (Casación, 22 de noviembre de 1946, LXI, pág. 438 y 31 de enero de 1947, LXI pág. 713).

No se admite el cargo.

En el capítulo II de la demanda se invoca contra el fallo la causal 2ª del artículo 520 del C. J., y al respecto sostiene el recurrente que la petición sobre perjuicio se propuso en la demanda como consecuencia de la acción principal sobre cumplimiento del contrato y no de la subsidiaria de resolución; que el Tribunal erróneamente y contra el texto del libelo y adulterando el pensamiento del actor, afirma que sí se pidieron como consecuencia de la acción de resolución, y así lo decretó, por lo cual falló ultra petita, e incurrió en el referido motivo de casación.

Se considera:

Al hacer el resumen de la motivación de la sentencia recurrida se vió que el Tribunal condenó al recurrente a indemnizar perjuicios por dos razones, a saber: porque por vía de la interpretación de la demanda, llegó a la conclusión de que ellos se pidieron como consecuencia de la acción subsidiaria sobre resolución del contrato y porque además estimó que cuando ésta se decreta puede jurídicamente proferirse la condena indemnizatoria aunque no se demande sino la sola resolución, pues ésta carecería de objeto si su decisión favorable no conllevara esa condena.

Y siendo ésas las consideraciones que llevaron al sentenciador al pronunciamiento referido, mal puede invocarse eficazmente contra el fallo la causal 2ª de casación, que es meramente formál, pues todo lo que conduzca a calificar legalmente los fundamentos o motivación jurídicos de una sentencia, a esclarecer si son ellos ciertos o erróneos, es materia exclusiva de la primera de las causales del artículo 520 del C. J., que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva. Esa es la jurisprudencia que la Corte ha propugnado constantemente, como puede verse, entre otras,

en las sentencias de 30 de julio de 1941 y 29 de octubre de 1945, G. J. Nos. 1977 y 2025, págs. 21 y 746 respectivamente.

Se rechaza el cargo.

Con fundamento en la causal primera de casación propone el recurrente el crecido número de once cargos contra la sentencia, los cuales se refieren, según la propia demanda, a la "acción de cumplimiento", a la "acción subsidiaria de resolución", a la "acción de restitución" y a la "acción de perjuicios". Los relativos a las tres primeras cuestiones se resumirán y estudiarán conjuntamente, por ser unas mismas las razones que se oponen a su prosperidad.

Capítulo I.—"Parte 1ª acción de cumplimiento"

Cargo 1º—Dice el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 1495 y 1602 del Código Civil y 89 de la Ley 153 de 1887, al tener como contrato eficaz y válido el de promesa de venta que motiva la acción y al considerar que de él surgen obligaciones a cargo del demandado Díaz como parte contratante en condición de promitente vendedor, pues que lo que se califica como contrato de promesa no alcanzó a serlo, es un simple proyecto que no reúne ninguna de las condiciones requeridas por el art. 89 de la Ley 153 y en el cual no hay, de consiguiente, parte contratante, entre otras razones porque como Díaz obrara en nombre de la sociedad, dueña del lote respectivo, en virtud de las cláusulas que lo autorizaban para ello y una de las cuales requería la aprobación del gerente para la celebración de la promesa y aquél ni intervino ni firmó, no hubo sino un principio o comienzo de contrato, que no se perfeccionó.

Usando este último argumento de la falta de firma o aprobación del gerente, sostiene que la promesa no reúne ninguna de las condiciones del citado artículo 89, por cuyo motivo carece de validez.

Cargo 2º—Aquí se afirma que Díaz C., en contrario de lo que estimó el Tribunal, no excedió los términos de su mandato por cuanto las cláusulas pertinentes de la escritura de sociedad lo facultan para celebrar y ajustar precios en promesas de venta, lo que naturalmente entraña la recepción de sumas por concepto de arras y cuenta del precio; que al recibir éstas no ejercía facultades dispositivas, sino de pura mecánica, y que como para la plena validez del acto era requisito indispensable la firma del gerente, "la inteligencia a que llegaron Díaz y Moreno no alcanzó a tener vida jurídica y por lo mismo no hay mandato, ni contrato alguno". Con fundamento en lo resumido afirma el recurrente que la sentencia es violatoria, por aplicación indebida de los artículos 2144, 2146, 2158, 2159, 1602, 1505 y 1507 del Código Civil

Cargo 3º—Se sostiene aquí que si Norberto Díaz ejercitó al celebrar la promesa funciones de mandatario, no se excedió en ellas y entonces obligó a la Compañía, la que así obligada no podía absolverse en la sentencia; o que no ejercitó funciones de mandatario y de consiguiente no obligó a la sociedad y entonces no hay contrato ni vinculación jurídica con respecto a los demandados, por lo cual la sentencia viola, por aplicación indebida, los artículos 1505, 1507 del Código Civil y los demás citados en el párrafo anterior.

Cargo 4º—Dice aquí el recurrente que el fallo incurre en contradicciones, pues admite que jurídicamente debería obligarse a Díaz a cumplir lo pactado, pero en seguida anota la imposibilidad de condenarlo a tal cosa por no ser dueño del inmueble; que esa contradicción proviene de haberle dado vida en vez de haber descalificado a un contrato que no existe; que si a la sociedad no podía obligársele a cumplir porque no intervino en el contrato, a Díaz tampoco, pues la obligación que no se puede hacer efectiva no existe; que habiendo imposibilidad jurídica para ese cumplimiento, no hay lugar a indemnización de perjuicios; que al decir el Tribunal que Díaz no buscó ni obtuvo aprobación del Gerente, incurre en contradicciones y en error de hecho por falta de apreciación de las posiciones absueltas por aquél y del hecho 6º de la demanda; que a consecuencia de esas contradicciones y errores el sentenciador quebrantó, por aplicación indebida, los artículos 2157, 2158 y 2159 del C. C.; que el Tribunal deduce responsabilidad a Díaz por haber celebrado el mismo contrato extralimitándose en sus funciones, sin expresar en qué consistió ella; que las cláusulas de la escritura social, por el contrario, lo autorizaban para ajustar y acordar precios, mediante el único requisito de la aprobación o firma del gerente, la que no se obtuvo, no por culpa de Díaz sino del Gerente, y que, finalmente, Díaz no era la persona llamada a comparecer en juicio.

Cargo 5º—Se afirma que aún admitiendo que

Díaz obró como mandatario y que excedió los límites del mandato, no es responsable sino ante el demandante, porque en el documento de promesa se cita la Escritura en donde constan las cláusulas en cuya virtud obraba, y que el Tribunal al deducirle responsabilidad frente al actor, quebrantó el artículo 2180 del C. C. por aplicación indebida.

Parte 2ª "Acción subsidiaria de resolución"

Cargo 6º—Con apoyo en las mismas razones que aduce en el cargo primero, dice el recurrente que el contrato de promesa no existe, que no surgió a la vida jurídica, porque no reúne ninguno de los requisitos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887; que hay substracción de materia; que un contrato que no existe no puede resolverse y que en tales condiciones al decretar el Tribunal su resolución quebrantó el artículo 1546 del C. C. por aplicación indebida.

Cargo 7º—Repite el recurrente que la promesa no alcanzó a ser tal; que por consiguiente no pudo ser incumplida; que la devolución de los $ 1.500.00 recibidos como arras es materia ventilable en otra acción, pero no en la presente; que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho del documento aludido al deducir responsabilidad a Díaz para decretar la resolución del contrato, violando en consecuencia las disposiciones legales que quedaron citadas.

Parte 3ª "Acción de restitución"

Cargo 8º—Dice el recurrente que acusa "la sentencia por violación de ley proveniente de apreciación errónea de la prueba consistente en el que se llama contrato de promesa, pues hay error de derecho al dar validez y error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, errores que indujeron al Tribunal a decretar no sólo la resolución del contrato sino también la restitución de la suma a que fué condenado Díaz". No se indica como violada disposición alguna.

Se considera:

No sobra destacar en primer término la posición contradictoria que a lo largo de este pleito ha asumido el abogado del recurrente. Se ha visto, por el resumen de sus acusaciones, que en casación desconoce la eficacia y validez del contrato que motiva el litigio; impugna tanto los fundamentos de la acción principal como los de la subsidiaria, e inclusive se opone a la restitución en este proceso de la suma que como arras recibió del demandante en razón de una promesa de venta inejecutada. En cambio, cuando contestó la demanda y quedaron fijados los límites en que se trabó la controversia fueron otros sus puntos de vista. En efecto, en las advertencias preliminares con que precedió su respuesta, después de manifestar que en forma personal no se le podía demandar aptamente, expresó:

"2º—No desconoce mi mandante el derecho que asiste al señor Moreno para instaurar su demanda, pues es cierto en todas sus partes el compromiso de venta que él invoca".

"3º—La base del derecho del demandante, o sea el documento en referencia en donde consta el contrato, es cierto en su totalidad, pero mi mandante obró allí a manera de un factor de comercio".

"5º—En el caso particular del contrato con el demandante Moreno, la promesa se verificó y más precisamente, se consumó en forma legal, con la recepción de arras".

Además, no se opuso a que se hicieran las peticiones primera principal y primera subsidiaria y aceptó, entre otros, el hecho tercero de la demanda en que se afirma la entrega al demandado de los $ 1.500.00 en concepto de arras.

Pero hay más. La sentencia de primera instancia, decretó, como ya se dijo, la resolución del contrato y condenó al recurrente a pagar a Moreno la suma de $ 1.500.00 junto con sus intereses legales "que aquél recibió como arras" y para llegar a esa solución el Juzgado partió de las siguientes consideraciones que se compendian: el contrato de promesa en que la acción se funda es legal; que éste lo celebró Díaz como mandatario de la Sociedad, pero extralimitando las facultades que le fueron conferidas como tal; que como la Sociedad no intervino en él ni lo ratificó posteriormente, debe ser absuelta de todos los cargos de la demanda; que cuando el mandatario celebra el negocio sin dar suficiente conocimiento de sus poderes al otro contratante, asume sobre sí toda responsabilidad al exceder los límites del mandato, por lo cual "el único que puede ser llamado a comparecer en juicio como demandado es el promitente vendedor Norberto Díaz C."; que la acción principal no puede prosperar porque no se le puede constreñir a Díaz a vender lo ajeno contra la voluntad de su dueño; pero que habiendo incumplido el contrato

la acción resolutoria debe prosperar en su contra; que el actor habría podido demandar perjuicios, pero que no lo hizo; que le queda a salvo la acción correspondiente; que como no hubo **retracto** sino simplemente incumplimiento, Díaz apenas debe ser condenado a devolver los $ 1.500.00 que recibió como arras, más los intereses legales.

El demandado se conformó con lo resuelto en esa sentencia, pues no interpuso recurso de apelación en su contra; de tal suerte que las cuestiones que allí fueron decididas en perjuicio suyo, quedarón legalmente en firme, y sobre ellas no se puede volver ni aún a propósito del recurso de casación.

Ahora bien. La expresada sentencia fué confirmada por el Tribunal, con la adición de la condena que se pronunció contra el recurrente en relación con el pago de perjuicios. De consiguiente, todo lo concerniente a la acción de cumplimiento, en que se profirió decisión favorable al recurrente; a la existencia y legalidad del contrato; a la acción subsidiaria sobre resolución del mismo y restitución de la suma recibida como arras y sus intereses, está por fuera de los ámbitos del recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal.

Por tanto, los cargos procedentemente resumidos en que se plantean acusaciones contra los temas o puntos a que acaba de hacerse referencia, no pueden ser admitidos en casación, pues el recurrente carece de todo interés para proponerlos, y por ello se rechazan.

En sentencia de casación de 10 de octubre de 1945 se dijo:

"Si bien es cierto que la finalidad propia del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, mediante la exposición doctrinaria, no por éso la función de la Sala de Casación Civil es académica en el sentido de que tenga libertad para ocuparse de todos los temas que se le propongan aún de los que carezcan de influencia sobre la parte dispositiva de los fallos".

En sentencia de casación de 30 de octubre de 1936 expresó la Sala:

"La Corte persiste en su doctrina expuesta en los años de 17 y 23, porque si es cierto que ya el recurso de casación no tiene por uno de sus fines principales enmendar los agravios inferidos a las partes, como lo establecía el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, sino unificar la jurisprudencia nacional, como lo prescribe el artículo 519 del código de procedimiento, también es cierto que quien no apela del fallo de primera instancia, carece de interés jurídico para acusar el de segunda instancia confirmatorio de aquél, porque el fin primordial de unificar el derecho jurisprudencial no puede procurarse en cada caso sino a iniciativa de quien está interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarle. En casos como el que se contempla, nada ganarían los recurrentes con un fallo de casación y con la subsiguiente sentencia de instancia, porque ellos quedaron vinculados a la sentencia del Juez, con la cual se conformaron, sentencia que fué confirmada, sin modificación alguna, por la del Tribunal" (G. J. Nº 1918, pág. 463).

En el caso de autos el recurrente sólo puede acusar la sentencia del Tribunal en cuanto adicionó la de primera instancia al condenarlo en perjuicios, y sobre esa cuestión versan los cargos que en seguida se resumen y estudian.

Parte 4ª "Acción de perjuicios"

Cargo 9º—Anota el recurrente que en contrario de lo sostenido por el Tribunal, el demandante reclama perjuicios por el no oportuno cumplimiento del contrato y como consecuencia de la acción principal; que en la subsidiaria no los reclama en forma alguna ni los menciona para nada; que el Tribunal ha fallado ultra petita, pero que tal punto es materia del capítulo separado, en que aduce la causal segunda. Después agrega que al decir el Tribunal que el demandante demostró plenamente la calidad de acreedor de una obligación de hacer, cuyo pago o incumplimiento incumbe probar al deudor, incurrió en error porque Moreno no ha probado obligación alguna a su favor y a cargo de Díaz, según lo ha demostrado, ni ha existido contrato jurídicamente viable, y en consecuencia violó los artículos 1757 y 1626 del C. C. por aplicación indebida. Añade que el sentenciador al presumir culpa en Díaz por el solo hecho de la inejecución de aquella obligación, que la misma sentencia reconoce la absoluta imposibilidad de ejecutar, incurre en contradicción y en violación del artículo 1602 del C. C., "por cuanto no hay ley contractual entre Moreno y Díaz".

Cargo 10º—Advierte el recurrente que al sostener la sentencia que Díaz no demostró la diligencia y cuidado que ha debido emplear para obtener la ratificación de la promesa por parte del Gerente de la Sociedad incurre en nueva contradicción, puesto que en otro aparte reconoce que el Gerente se negó a suscribir la Escritura de venta

respectiva; que era deber de Moreno haberle exigido a Díaz la firma del Gerente "en el documento de promesa, pues sin este requisito, Moreno lo sabía, la promesa no tenía validez alguna"; que si éste no lo hizo así, es suya la culpa de que el contrato no se hubiera perfeccionado, pero que a cargo de Díaz no hay responsabilidad alguna; que a éste no puede motejársele de falta de diligencia y cuidado, pues de las declaraciones a que en abstracto alude, de las posiciones rendidas por el Gerente, "como de las mismas aseveraciones del demandante se deduce claramente que Norberto Díaz hizo todo lo humanamente posible y desplegó toda clase de gestión ante la Gerencia para que se cumpliera con Moreno", a lo cual se negó ésta en forma reiterada; que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho, en la apreciación de esas pruebas, al deducir a cargo de Díaz una culpa y una responsabilidad que no le asisten, y quebrantó las disposiciones citadas y además el artículo 1604 del C. C., porque a Díaz en los actos que motivan la controversia no le cabe culpa de ninguna especie, "habida consideración a que se agitó dentro de los moldes precisos fijados en la escritura de sociedad remitiéndose a las cláusulas pertinentes de tal contrato".

Cargo 11º—Expresa el recurrente que el Tribunal al apoyarse en el artículo 1507 del Código Civil para deducir "que la responsabilidad del demandado es legal", incurrió en nueva violación de esa disposición.

Al fundamentar la acusación, manifiesta que Díaz obró dentro del radio de sus actividades; que no contrajo la obligación de que por parte de la Sociedad se ratificase lo actuado; que ésto era una segunda etapa en la celebración del contrato, que no estaba a su cargo, la cual era indispensable para que él tuviese plena validez; que las arras debían entregarse simultáneamente con esa aprobación, pero que era costumbre en la región la de que a Díaz se le entregaran con su sola firma, corriendo todas las contingencias, a cargo del presunto promitente comprador. Termina así la alegación:

"Por falta de base contractual, por falta de sujeto pasivo de la obligación, por falta de toda relación jurídica, por lo menos entre Moreno y Díaz, la deducción de culpa, de responsabilidad y de perjuicios a cargo de éste es un error mayúsculo del fallo acusado y por consiguiente nuevamente acuso la sentencia de ser violatoria de Ley sustantiva o sea de todas las disposiciones antes citadas y de errónea apreciación de las pruebas también citadas, error que aparece de manifiesto en los autos conforme queda demostrado".

Se considera:

Los cargos anteriores no pueden prosperar por las siguientes consideraciones:

a) El argumento fundamental que en lo general sirve de base a las acusaciones del recurrente es el de que la ausencia de todo vínculo contractual entre los litigantes excluye la indemnización de perjuicios contractuales que se decretó. Mas esa argumentación es inadmisible y extemporánea, pues basta advertir que la existencia de la promesa de venta y su legalidad y operancia, aparte de que fueron admitidas por el recurrente desde la contestación de la demanda, son las bases de hecho y jurídicas en que se apoyó la sentencia de primera instancia para decretar la resolución del contrato. Tales temas quedaron fuera de debate al no apelar de esa sentencia el demandado.

b) El incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor es la causa determinante de la resolución del contrato, cuando ésta es la que se demanda. Las cuestiones atinentes a la diligencia y cuidado, a la culpa o al caso fortuito que haya impedido el cumplimiento de la prestación, sólo es pertinente examinarlas para esclarecer la responsabilidad del deudor en la inejecución de la obligación y para determinar consecuencialmente si procede o no decretar la resolución impetrada; pero en presencia de la situación que para el recurrente creó la sentencia de primer grado al despachar favorablemente la acción resolutoria aquí propuesta, las consideraciones sobre aquellos temas ninguna incidencia tendrían sobre la parte resolutiva de la sentencia que cae dentro de la órbita del recurso, o sea sobre la condena abstracta en perjuicios, pues el contratante a quien le asiste la acción resolutoria y logra su reconocimiento tiene, cuando menos en principio, derecho a la correspondiente indemnización, por ser ésta una consecuencia legal de aquélla, al tenor de lo estatuído en el artículo 1546 del C. C., según el cual la resolución de un contrato siempre lleva anexa la indemnización del perjuicio causado.

c) Cuando la obligación del deudor está precisada o determinada en el contrato o en la ley supletiva, como ocurre en el de promesa de venta de que trata este pleito, la sola inejecución de aquélla acarrea la presunción de culpa y dá lugar a deducir contra el deudor la correspondiente res-

ponsabilidad, de la cual no puede eximirse sino suministrando la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor que lo hubiera colocado en imposibilidad de cumplir lo convenido. No le basta la simple demostración de la diligencia y cuidado (Casación, 30 de noviembre de 1935 y 31 de mayo de 1938, G. J. Nº 1905, pág. 178 y Nº 1936, pág. 572, respectivamente).

d) El Tribunal decretó la referida indemnización, porque consideró, mediante la interpretación que de la demanda hizo, que la mencionada indemnización se había pedido como consecuencia de la acción resolutoria; que aunque ello no fuera así, oficiosamente podía decretarla sin incurrir en exceso, en atención a que la finalidad y objetivo de la resolución es el de volver las cosas al estado que antes tenían, y que los perjuicios estaban comprobados o que podían presumirse habida cuenta de la índole del contrato.

Siendo ello así, los ataques del recurrente ha debido concretarlos y no lo hizo, a los fundamentos que tuvo la sentencia de segundo grado para adicionar la del Juzgado. Ni el punto relativo a la facultad oficiosa del juzgador para condenar en perjuicios en casos como el presente, ni el referente a la comprobación de ellos, han sido siquiera objeto de la menor acusación por parte del recurrente, y tales consideraciones, que hay que mantener en pie, pues la Sala no puede siquiera examinarlas por propia iniciativa, dada la índole del recurso de casación, son suficientes por sí solas para sustentar la sentencia recurrida.

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 diez (10) de marzo de mil novecientos cincuenta (1950), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — PRESUNCION DE RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE PERSONAS QUE DEPENDEN DE OTRA. — MANERA DE DESVIRTUARLA. — INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN LOS JUICIOS CIVILES

La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que depènden de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está consagrada de manera perentoria en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que ordenan que la responsabilidad que les pueda corresponder por el hecho o culpa de los agentes que están a su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad, es necesario que esa persona se descargue probando la ausencia de culpa o, con mayor razón, que el daño producido por el agente, sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a fuerza mayor o caso fortuito o a un hecho extraño, en el cual queda incluída la propia y exclusiva culpa de la víctima.

En el caso de autos el Tribunal acogió como plena prueba para desvirtuar la responsabilidad indirecta de la entidad demandada, no el dictamen pericial y la inspección ocular de que en uno de sus cargos habla el recurrente, sino los autos de sobreseimiento definitivo, proferidos por el Juzgado Primero Superior y el Tribunal de Bogotá, en favor de Francisco Antonio Ruiz, con motivo del mismo accidente a que se contrae este pleito. Al aceptar esa prueba y asignarle la virtualidad expresada, el sentenciador obró con indiscutible acierto, pues en tales fallos, que versaron sobre el fondo del asunto y después de examinar las probanzas recogidas, la justicia penal llegó a la conclusión perentoria de que en la consumación de los hechos "no hubo por parte del motorista señor Francisco Antonio Ruiz actuación delictuosa alguna, y tampoco existió culpa, ya que como antes se dijo, no hubo de su parte imprevisión en el manejo del vehículo, ni descuido, sino que el accidente se debió únicamente a la imprudencia del señor Martínez, al pretender atravesar la calzada en condiciones que hicieron imposible evitar el acontecimiento".

Esas decisiones, que limpian de toda culpa la conducta del agente del Municipio y que en cambio atribuyen "únicamente a la imprudencia" de la víctima el acaecimiento del accidente, tienen fuerza erga omnes, y de consiguiente desvirtúan plenamente la responsabilidad civil indirecta que aquí se imputa al Municipio por razón del mismo suceso, pues tal responsabilidad cesa —como ya se dijo— cuando se comprueba, entre otras circunstancias, que el hecho se debió a la propia y exclusiva culpa de la víctima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, septiembre veinte y seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Carmen Palacios viuda de Martínez y sus hijos Enrique, Jesús, Aura, Armando, Leonor y Alfonso Martínez Palacios demandaron al Municipio de Bogotá para que se le declare civilmente responsable, por culpa "nacida de negligencia, imprevisión, falta de cuidado, descuido de agentes suyos", o de la mala elección de sus propios agentes, del siniestro en que perdió la vida el doctor Luis Jorge Martínez Rivera, el día 20 de agosto de 1944 a las 12 y 10 minutos de la madrugada, en la carrera 13 de esta ciudad, entre calles 58 y 59, causado por el tranvía número 88, de propiedad de dicho Municipio, y para que se le condene a indemnizarles a los demandantes, o en subsidio a la sucesión de Martínez Rivera, los perjuicios materiales y morales que tal acontecimiento les determinó.

Entre los hechos de la demanda se incluyeron los siguientes:

"1º Que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable por culpa extracontractual nacida de negligencia, imprevisión, falta de cuidado, descuido de

agentes suyos, del siniestro que causó la muerte del señor doctor *Luis Jorge Martínez Rivera*, el día 20 de agosto de 1944, a las doce y diez minutos de la madrugada, en la carrera 13 de esta ciudad, con las calles 58 y 59, causado por el tranvía número 88, de propiedad de dicho Municipio;

"2º Que el Municipio de Bogotá es civilmente responsable de la muerte del doctor Luis Jorge Martínez Rivera, ocurrida el día 20 de agosto de 1944 en la carrera 13 de esta ciudad por el tranvía número 88 de propiedad del Municipio, responsabilidad que nace de la mala elección de sus agentes u órganos, imprevisión, impericia y descuido de los mismos;

"7º El tranvía número 88 es de propiedad del Municipio de Bogotá, y su conductor el señor Francisco A. Ruiz está subordinado técnica y económicamente al Municipio;

"8º Los aparatos de seguridad del tranvía que ocasionó la muerte del doctor Martínez Rivera no estaban en buen estado y al decir del motorista el tranvía estaba "un poquito largo de frenos";

"9º El tranvía número 88 que arrolló al doctor Martínez Rivera iba a exceso de velocidad y con los frenos dañados, comoquiera que después de golpear al occiso, sólo pudo detenerse a los 40 metros;

"11º El tranvía no estaba provisto de limpiabrisas, hecho que seguramente impedía la visibilidad;

"13º El motorista del carro número 88, Francisco A. Ruiz era hombre inexperto en la conducción de vehículos pues hacía sólo tres meses que había recibido su patente;

"14º La falta de pericia del motorista del tranvía está corroborada con los antecedentes de circulación del mismo, pues en ese corto tiempo ya había sufrido varios;

"18º El doctor Martínez Rivera estaba casado legítimamente con la señora Carmen Palacios viuda de Martínez y de ese matrimonio habían nacido los señores Enrique, Jesús Bayardo, Aura Marina, Armando, Leonor y Alfonso Martínez Palacios".

Tramitado el juicio con oposición del demandado, el Juez del conocimiento, que lo fue el 3º Civil del Circuito de esta ciudad, finalizó la primera instancia con la sentencia de tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en que no accedió a hacer las declaraciones solicitadas.

Apelado ese fallo por el apoderado de los demandantes, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó por el de trece de marzo de 1950.

Examinando los autos de sobreseimiento definitivo proferidos por la rama penal de la justicia en favor del motorista del tranvía, estimó el Tribunal que él no podía entrar a calificar nuevamente los mismos hechos ya calificados por aquélla, y sobre el particular expresó:

"Los artículos 28 y 29 del C. de P. P., consagran esa unidad de culpa. Si el actor del daño ha sido absuelto en sentencia definitiva y ejecutoriada, o ha conseguido sobreseimiento definitivo y ejecutoriado, porque no ha ejecutado el hecho, o porque el hecho no se ha cumplido, o porque obró en ejercicio de un legítimo derecho o en cumplimiento de un deber, es decir, si se ha declarado que sobre el inculpado no pesa el error de conducta que constituye la culpa (artículo 63 del C. C.) la acción civil para la reparación del daño no puede prosperar. A la inversa, si en el negocio penal el hecho ejecutado por el inculpado ha sido calificado como constitutivo de una infracción, en el negocio civil no puede discutirse ni la existencia del hecho ni su calificación como constitutivo de culpa.

"Al proferir el sobreseimiento tanto el Juzgado Superior como el Tribunal consideraron que la única actividad productora del daño fue la de la víctima. El conductor cumplía su tarea o jornada de trabajo, obraba en cumplimiento de su deber y empleó los medios de que disponía y que la técnica y la ciencia aconsejaban para evitar el accidente. Así fue decidido por la justicia penal, y en el proceso civil no se trajo prueba alguna que modificara esa situación ni esa calificación. Por eso, demostrada la culpa, esa prueba excluye la presunción en contra del empleado y del empleador por el servicio que presta por medio del tranvía. Y el daño, no es imputable sino al actor de la culpa, o sea a la víctima que con su imprudencia precipitó el suceso que, al decir de la justicia penal, fue inevitable para el conductor del tranvía".

A la parte demandante se le concedió recurso de casación, el que debidamente tramitado se procede a decidir.

El recurrente con fundamento en la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, propone contra la sentencia los cargos que a continuación se resumen:

Primero. — El Tribunal quebrantó los artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil, por errada interpretación, al no distinguir entre la culpa directa y la indirecta, pues la primera se origina en un error de conducta del agente directo del daño y la segunda en una culpa del tercero responsable motivada por mala elección o falta de vigilancia;

que ésta se aniquila con el sobreseimiento definitivo proferido a favor de Francisco Antonio Ruiz, cuya inocencia se presumía sin reparar que en materia civil la culpabilidad del Municipio se presume, y no podía ser absuelto sino al desvirtuarse esa presunción.

Segundo.—El fallo es violatorio de los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal, por aplicación indebida, pues el primero sólo es aplicable en el caso de que la acción civil se inicie contra el agente directo del daño y no a la indirecta que es la que se deduce contra el Municipio en este pleito, y el segundo, por este mismo motivo y porque el sindicado no fue condenado en el proceso penal.

Tercero. — La sentencia quebrantó en forma directa los artículos 473 y 474 del Código Judicial, al aplicarlos para decidir el pleito, aceptando como definida la acción civil con base en el fallo penal, no reuniéndose, como no se reúnen, los tres requisitos de identidad de objeto, causa y persona para que exista cosa juzgada.

Cuarto—El Tribunal quebrantó los artículos 2346 del Código Civil y 593 del Código Judicial, a consecuencia de error de derecho en la apreciación del dictamen pericial y de la inspección ocular, practicados en el proceso penal sin intervención del demandante y sin el lleno de los requisitos exigidos en materia civil, que por tanto no podían ser apreciados como pruebas en este asunto, y menos para desvirtuar la presunción de culpabilidad que consagra la primera de las citadas normas.

Se considera:

Reducida a su más simple expresión, la cuestión que se plantea a través de todos los cargos que han sido sintetizados, consiste en determinar si el Tribunal obró o no acertadamente al acoger el auto de sobreseimiento definitivo proferido por la rama penal de la justicia en favor de Francisco Antonio Ruiz, conductor del tranvía que ocasionó la muerte del doctor Luis Jorge Martínez Rivera, como prueba excluyente de la responsabilidad civil que por el mismo o idéntico suceso se pretende deducir en este pleito a cargo del Municipio de Bogotá, a cuyo servicio y como dueño del tranvía municipal, trabajaba el mencionado conductor al momento del accidente. Esa es la cuestión que se pasa a esclarecer.

La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está consagrada de manera perentoria en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que ordenan que la responsabilidad que les pueda corresponder por el hecho o culpa de los agentes que están a su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que esa persona se descargue probando la ausencia de culpa o, con mayor razón, que el daño producido por el agente, sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a fuerza mayor o caso fortuito o a un hecho extraño, en el cual queda incluída la propia y exclusiva culpa de la víctima. (Casación, 18 de noviembre de 1941, LII, pág. 761; 20 de abril de 1944, LVII, pág. 149 y 30 de agosto de 1947, LXIII, pág. 77).

En el caso de autos el Tribunal acogió como plena prueba para desvirtuar la responsabilidad indirecta de la entidad demandada, no el dictamen pericial y la inspección ocular de que en uno de sus cargos habla el recurrente, sino los autos de sobreseimiento definitivos (fs. 30 a 33, c. número 1º), proferidos por el Juzgado Primero Superior y el Tribunal de Bogotá, en favor de Francisco Antonio Ruiz, con motivo del mismo accidente a que se contrae este pleito. Al aceptar esa prueba y asignarle la virtualidad expresada, el sentenciador obró con indiscutible acierto, pues en tales fallos, que versaron sobre el fondo del asunto y después de examinar las probanzas recogidas, la justicia penal llegó a la conclusión perentoria de que en la consumación de los hechos "no hubo por parte del motorista señor Francisco Antonio Ruiz actuación delictuosa alguna, y tampoco existió culpa, ya que como antes se dijo, no hubo de su parte imprevisión, impericia en el manejo del vehículo, ni descuido, sino que el accidente *se debió únicamente* (subraya la Corte) a la imprudencia del señor Martínez, al pretender atravesar la calzada en condiciones que hicieron imposible evitar el acontecimiento".

Esas decisiones, que limpian de toda culpa la conducta del agente del Municipio y que en cambio atribuyen "únicamente a la imprudencia" de la víctima el acaecimiento del accidente, tienen fuerza de cosa juzgada, *erga omnes*, y de consiguiente desvirtúan plenamente la responsabilidad civil indirecta que aquí se imputa al Municipio por razón del mismo suceso, pues tal responsabilidad cesa —como ya se dijo— cuando se comprueba entre otras cir-

cunstancias que el hecho se debió a la propia y exclusiva culpa de la víctima.

En relación con los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal, que hablan de la influencia de la cosa juzgada penal dentro del proceso civil, expuso la Sala Plena de la Corte en sentencia de 6 de diciembre de 1951, lo siguiente que se transcribe a manera de réplica adicional a los cargos del recurrente:

"Desde luego la identidad de objeto, causa y parte que conforman la cosa juzgada dentro del campo civil, no es la base con que en estos juicios cabe apreciar el influjo de la cosa juzgada en lo penal, ya que por su naturaleza no es posible la concurrencia de aquella triple identidad en uno y otro. La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público, que lleva al Juez a actuar en función de la tutela del derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares. Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como causa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil, donde el Juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada, *erga omnes*, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño, tienen su fundamento en hechos enjuiciados por el Juez penal.

"Por lo dicho hasta aquí se comprende que es justificada la norma contenida en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo cuando la controversia civil se suscita entre quienes fueron partes en el juicio penal, que cuando ocurre con personas extrañas a dicho procedimiento; pues que así como los motivos de una disposición sirven para medir su alcance, de igual manera la necesidad de impedir sentencias contradictorias sirve para determinar el del artículo 29 citado; por ello cuandoquiera que el Juez no se aboque al peligro de dos sentencias contradictorias, goza de completa autonomía para calificar el fondo de la contienda que se le propone por las consecuencias de una culpa civil, que por no haber alcanzado la categoría de infracción penal culposa, determinó para su autor la absolución del Juez Penal.

"Otro tanto ocurre con los que, indirectamente, son responsables de los daños ocasionados por personas que están bajo su custodia o por los hechos de los animales o de las cosas inanimadas. No pueden ellos discutir si existió o no el hecho o la omisión que el Juez penal declaró haber o no existido, sin alcanzar la categoría de infracción culposa; eso está juzgado; pero sí pueden discutir todos los otros aspectos determinantes de la culpa civil no comprendidos por el fallo penal dentro de la órbita de las atribuciones del Juez que lo pronunció.

"Quejarse de que no se le permita a algunos de esos responsables indirectos revivir la discusión sobre la existencia del hecho que encontró y declaró probado el Juez penal, es quejarse de que el legislador no haya consentido la posibilidad de sentencias contradictorias".

En fallo de 29 de noviembre de 1941, había dicho esta Sala de Casación:

"La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada en materia criminal está condicionada y limitada en razón del fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite esa contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el Juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constituvo 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 acrediten plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentencia o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil de resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en estas especiales circunstancias. En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicción porque el fallo criminal ha dejado un campo de acción no cubierto por la autoridad de cosa juzgada, a donde los jueces 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 sometido a su jurisdicción, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuéra de su estudio, apréciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, en ese caso tal fallo sí impide por las elevadas razones de orden público ya dichas, que ante otro juez se renueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fue establecido por el órgano judicial. Esta debida y necesaria coordenación de las dos jurisdicciones es la que precisamente viene a establecer el artículo 28 del C. de P. P. cuyo alcance e interpretación ha sido ilustrado por el artículo 29 de la misma codificación. La ineludible concordancia que debe existir, por las razones ya dichas de orden público vinculado a la necesidad de acatar y respetar como definitiva y para todas sus consecuencias, la sentencia proferida por la jurisdicción del crimen en que se ha estatuído que determinado hecho, a la luz de un complejo acervo probatorio, carece de los elementos esenciales para poderlo considerar jurídicamente como culpa".

No prosperan, por tanto, los cargos propuestos.

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 trece (13) de marzo de mil novecientos cincuenta (1950), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE RESCISION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA

1.—Es evidente que sobre un mismo punto, tan sólo puede pedirse dictamen de peritos una vez en cada instancia, pero esta limitación para exigir la intervención de expertos, no impide que el Juez, de oficio, pueda en el caso contemplado en el artículo 721 del C. J., valerse de otro examen pericial, en los casos en tal precepto contemplados (art. 718 del C. J.).

2.—La ley no dispone que el peritazgo que de oficio pueda decretar el Juez o Tribunal, en el caso señalado en el artículo 721 del C. J., ha de serlo dentro del término de prueba y efectuarse antes de la citación para sentencia, pues claramente se observa que se trata del caso especial a que se refiere el ordinal 4º del artículo 597. La ley le dá al Juez allí una amplia facultad, tanto para hacer la regulación que estime equitativa, separándose del dictamen, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Obrando en su propio nombre y como representante de sus menores hijos habidos en matrimonio celebrado con el General Vicente Micolta, por fallecimiento de su marido, la señora Lucila Piñeros de Micolta demandó ante el Juez Civil del Circuito de Ipiales, al señor Angel León Mantilla, para que con su audiencia y mediante los trámites del juicio ordinario, se declare rescindido por lesión enorme, el contrato de compraventa celebrado por su esposo con tal señor, por medio de la escritura pública 310 de 8 de abril de 1943, de la Notaría de la ciudad de Pasto. La demanda se propuso por muerte del General, para la herencia del mismo, que dicen representar los demandantes.

Se funda en que la venta efectuada por el General, fué en extremo lesiva para sus intereses, pues el predio enajenado a León valía más de cincuenta y seis mil pesos ($ 56.000.00), y éste sólo pagó veintiocho mil ($ 28.000.00). Que debido a una grave situación económica, el señor Micolta, acosado por sus acreedores entre quienes se encontraba León, se vio precisado a hacer la negociación en condiciones ruinosas; que en ella se incluyó, no solamente los potreros o dehesas que integran el bien, sino una servidumbre de tránsito por el resto de la finca y la facultad de servirse de ciertas corrientes de agua para irrigar la zona vendida.

Surtido el traslado, el señor León se opuso, porque en su concepto la demandante carece de fundamento real y de derecho para proponer la acción instaurada. Acepta el hecho de la compra y dice que el precio no fué únicamente el que se indica en la escritura, sino que en él deben incluírse otros valores cubiertos por León, por cuenta del General, para poder desembargar la finca que se le vendía.

Por su parte, contrademandó para que se le entregara un lote de terreno que formaba parte del predio por él adquirido, junto con los frutos naturales y civiles, por estimar que sus demandados eran poseedores de mala fe. Lo hizo también para exigir el pago de intereses, que sostiene se le adeudan, y por otras sumas que afirma haber cubierto en Bogotá por cuenta del señor Micolta.

Sentencia de primer grado

El Juez del Circuito de Ipiales desató la controversia absolviendo a las partes litigantes, tanto en la demanda principal, como en la de reconvención.

En la acción principal de lesión enorme, se practicó un peritazgo, que dió el siguiente resultado: el perito de los demandantes estimó la finca en ochenta y nueve mil ciento noventa y dos pesos ($ 89.192.00); el perito del demandado, en veintiocho mil ochocientos setenta y cinco ($ 28.875.00), y el perito tercero, en cincueta y tres mil cuatrocientos setenta y cinco ($ 53.475.00).

Ante la imposibilidad legal de buscar el medio aritmético, según el artículo 721 del C. J., el Juez, apoyado en este precepto, optó por ordenar una

nueva estimación pericial, por medio de dos peritos, que oficiosamente designó; uno de ellos avaluó el bien en cuarenta y tres mil quinientos sesenta y cinco pesos con seis centavos ($ 43.565.06), y el otro en cuarenta y un mil quinientos ochenta y seis pesos con treinta centavos ($ 41.586.30), y sobre estas dos cifras, sin ordenar el dictamen de un tercero, como era lo legal, buscó erradamente el medio aritmético.

La Sentencia recurrida

Por apelación interpuesta por ambas partes, los autos se remitieron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, donde al final de la actuación correspondiente, se decidió el litigio confirmando la providencia del inferior.

En el término de prueba en la segunda instancia, se solicitó un nuevo avalúo, dando el siguiente resultado: el perito de los demandantes estimó el predio materia del litigio en setenta y seis mil ciento noventa y dos pesos ($ 76.192.00); el del demandado en treinta y nueve mil seiscientos ($ 39.600.00) y el tercero en sesenta y nueve mil seiscientos veintiseis ($ 69.626). Las partes no objetaron este peritazgo. El Tribunal solicitó ampliación y ésta fué rendida.

Después de vencido el término de prueba y cuando el negocio pasó al estudio del sentenciador, éste encontró que ante la disparidad de precios, no le era posible tomar el medio aritmético, "por cuanto la diferencia entre los dos extremos excede en un cincuenta por ciento de la cantidad menor"; y aun cuando bien pudo hacer la regulación que estimara equitativa, al tenor del artículo 721 del C. J., prefirió, antes de dictar sentencia y como ya se advirtió, vencido el término de prueba, designar nuevos peritos que le dieron al inmueble para la fecha de la realización del contrato Micolta-León, un precio de treinta y nueve mil quinientos noventa y seis pesos ($ 39.596.00).

Mas como se observara que los peritos "no dieron una contestación categórica al cuestionario sometido en lo que se refiere al precio real de la finca, pues las ventajas obtenidas en otras propiedades no determinan este valor, y que omitieron fijar el precio de la servidumbre de tránsito", se ordenó ampliar el dictamen, tal como aparece del auto de veintisiete de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949). En cumplimiento de esta orden, los señores peritos apreciaron en la suma de veintidós mil quinientos sesenta y cuatro pesos y setenta y dos centavos ($ 22.564.72) el valor del inmueble, y en veinticinco ($ 25.00) el de la servidumbre de tránsito, o sea, dieron como valor real del bien, la suma de veintidós mil quinientos ochenta y nueve pesos y setenta y dos centavos ($ 22.589.72).

Tal dictamen no fue objetado.

Tomando por base este cuarto dictamen pericial, el Tribunal confirmó la sentencia, de la cual recurrieron los demandantes.

LOS CARGOS PROPUESTOS

Remitidos los autos a la Corte, se surtió ante ella la tramitación requerida y siendo la oportunidad de fallar, se pasa a hacerlo, teniendo en cuenta lo siguiente:

Cargo primero.—Con base en el artículo 520 del C. J., dice el recurrente, "acuso la sentencia dictada por el Tribunal por violación directa de la ley sustantiva, aplicación indebida e interpretación errónea a consecuencia de apreciación también errónea y de falta de apreciación de las pruebas oportunamente producidas en el juicio".

Encuentra que el Tribunal se basó para confirmar la providencia del inferior, en el dictamen pericial rendido "después de citado para sentencia y de haber alegado las partes", en el cual los expertos designados por el juzgador, de común acuerdo y teniendo en cuenta que la zona vendida por Micolta tiene una extensión de H. 197,98, según medida hecha por el ingeniero Carlos Calvache, la apreciaron en la suma de treinta y nueve mil quinientos noventa y seis pesos ($ 39.596.00).

Que encontrando el Tribunal, que los peritos no dieron una contestación categórica al cuestionario sometido, en lo que se refiere al precio del inmueble, "pues las ventajas obtenidas en otras propiedades no determinan ese valor, y que omitieron fijar el precio de la servidumbre de tránsito, ordenó ampliarlo". En cumplimiento de ello, los peritos estimaron en la suma de veinticinco pesos ($ 25.00) el valor de la servidumbre, y en la suma de veintidós mil quinientos sesenta y cuatro pesos y setenta y dos centavos ($ 22.564.72) el valor real del bien, o sea, un total de veintidós mil quinientos ochenta y nueve pesos y setenta y dos centavos ($ 22.589.72).

Dice la sentencia: "En presencia del análisis anterior y habida consideración de que este dictamen ni siquiera fue objetado por las partes, estima el Tribunal que se ha cumplido en este caso lo previsto por el precitado artículo 721, es decir, que el dictamen origina plena prueba, respecto al justo precio del fundo "El Cortijo".

Agrega que, como no se demostró que el bien enajenado tuviera un valor del doble del precio por el cual se efectuó la compraventa, se ha de concluir que en tal contrato no se produjo la lesión enorme demandada.

Expresa el recurrente, que el diez y ocho de abril de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), se citó para sentencia y que fue ya en julio cuando el Tribunal pronunció su auto, en el cual dice "que por no poder tomarse el medio aritmético respecto del peritazgo rendido durante el término probatorio de la instancia", estima conveniente que se practique otro, tal como lo permite el inciso 2º del artículo 721 del C. J. Que la nueva diligencia se realizó por los peritos nombrados por el mismo juzgador, con fecha veintisiete de octubre siguiente.

Anota que en dos principios cardinales sustenta el legislador el régimen probatorio. Es el primero, que toda decisión judicial en materia civil, se ha de fundar en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el Código y conocidos universalmente con el nombre de *pruebas* (artículo 593 del C. J.).

Que el segundo principio se halla consignado en el artículo 597 del mismo Código, según el cual, para estimar las pruebas, éstas han de formar parte del proceso, por haberse acompañado al escrito de demanda; por haberse presentado en inspecciones u otras diligencias; por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y *practicado antes de la citación para sentencia*, cuando se requiera tal formalidad, y de no, antes de proferirse la correspondiente decisión, y por último, por haberse decretado sin petición de parte cuando el Juez tenga esta facultad.

Dice que el cuarto avalúo se decretó de oficio, fuéra del término probatorio, cuando ya estaba ejecutoriado el auto de citación para sentencia.

Que la facultad que la ley concede en su artículo 721 del Código de Procedimiento Civil, al Juez para ordenar una nueva estimación pericial, "cuando no se pueda adoptar el medio aritmético, por las circunstancias anotadas en dicho artículo", es claro que esta autorización queda subordinada a que se ejercite dentro del término probatorio respectivo.

De aceptar la tesis del Tribunal, se llegaría al absurdo de un nuevo término contra lo establecido en el artículo 597 y de otro lado, se rompería el equilibrio en que el propio legislador colocó a las partes, pues permitiría que un Juez, amigo de uno de los querellantes, pudiera hacer producir a su antojo las pruebas que a su juicio creyera convenientes para mejorar o desmejorar la situación de uno de los contendores.

Que tal prerrogativa, que inventó el juzgador, no puede incluírse en la concedida por el artículo 600 del Código en los autos para mejor proveer, pues éstos han de contraerse al sólo objeto de que se aclaren los puntos que estime oscuros o dudosos el sentenciador, dentro de un término que no puede pasar de veinte días, más el de la distancia. Durante este lapso, se suspende el que tiene el Juez o Tribunal para fallar.

Que el Tribunal se apoyó simplemente en el artículo 721 del Código Judicial, y que, por lo mismo, no señaló el plazo de suspensión del juicio, conforme al artículo 600 citado.

Que el auto para mejor proveer tiene por objeto únicamente "aclarar puntos que se juzguen oscuros o dudosos", lo que requería que el Tribunal los designara. En el auto de tal naturaleza, "no se pueden practicar nuevas pruebas"; sólo se aclaran las existentes ya practicadas.

Dice que el peritazgo ordenado, aun cuando no reclamado, no vincula al Juez, si lo fue en condiciones ilegales. Que no cabe el argumento de que tal dictamen es ley del proceso. Entra luego el recurrente a estudiar y cita en su apoyo las sentencias publicadas en las *Gacetas Judiciales* del Tomo XXVII, páginas 94, 175 y 212.

Que la facultad de nombrar peritos corresponde a las partes y que sobre un mismo punto puede pedirse dictamen de expertos, tan sólo *una vez en cada instancia*. Que en la segunda se practicaron dos peritazgos: el pedido por el demandante y el decretado oficiosamente por el Tribunal. Que ya la jurisprudencia tuvo ocasión de pronunciarse, cuando en fallo de dos de agosto de 1921, declaró: "Incurre en error de derecho el Tribunal sentenciador al estimar en la sentencia una prueba pericial que se ha practicado sin llenarse las formalidades legales sobre peritos".

Que esto da lugar a considerar que hubo error de derecho en la apreciación de la prueba, por las razones dichas. Señala como violados, los artículos 1946 y 1947 del C. C.

Cargo segundo.—El primer cargo que se acaba de reseñar, se encamina a obtener la casación del fallo, por error de derecho al apreciar un dictamen pericial decretado de oficio, luego de estar vencido el término de prueba, y el presente reparo se concreta a atacar el fallo también por error de dere-

cho a que llegó el sentenciador al desestimar las pruebas oportunamente presentadas y practicadas, junto con los dictámenes periciales, que habrían llevado al Tribunal a pronunciar la rescisión de la venta demandada por lesión enorme.

Dice que, según el artículo 721 del C. J., el Juez, en el evento de que producido un dictamen pericial y sin que pueda tomar el medio aritmético, "debe fallar previa la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso". Que el Tribunal hizo caso omiso del memorado precepto y decretó una nueva prueba que le sirve de fundamento al fallo.

"La preterición de este artículo que es de forzosa aplicación en estos casos —dice— lo llevó al *error de derecho* a que se refiere el primer punto de este cuestionario", lo que condujo al Tribunal a cometer un error de hecho evidente, porque declaró no probada la acción propuesta, siendo así que, tanto los dictámenes rendidos en el término probatorio, como las declaraciones de los testigos que figuran en el expediente, o sea, las de los señores Luis Vallejo, Julio Viveros, Gerardo Ruiz Ruano, Antonio Vela Angulo y Edmundo Burbano, suministran la prueba de que la finca de "El Cortijo", en la fecha de la venta, valía más del doble del precio que aparece anotado en el contrato de compraventa. Que tales testigos habían sido avaluadores de la Caja de Crédito Agrario, por lo cual, su testimonio es de gran valor.

Que el Tribunal, si hubiera optado por determinar el precio de la finca, bien pudo tomar como referencia los avalúos hechos ante la misma entidad, donde figuran dos partidas que se acercan en el estimativo dado al precio, una de setenta y seis mil ciento noventa y dos pesos ($ 76.192.00), y otra de sesenta y dos mil seiscientos veintiseis pesos ($ 62.626.00), ambas que exceden al doble de la cantidad que León cubrió por el inmueble.

Que a esto se agrega que el inspector de la Caja de Crédito Agrario declara que en la zona donde está incluído lo vendido, valía la hectárea de terreno a trescientos pesos ($ 300.00). Que igual precio le señala el testigo Antonio Vela Angulo y que, por su parte, los testigos Viveros y Ruiz Ruano señalan en la misma zona un precio de quinientos pesos ($ 500.00).

Que estas declaraciones y el peritazgo ya practicado, eran razones suficientes para que el juzgador, con un criterio de equidad, hubiera señalado a la finca el precio que le corresponde, que lo hubiera llevado a decretar la rescisión de la venta demandada por lesión enorme, pruebas que reúnen todos los requisitos, pues se practicaron con citación de la parte contraria. Que, aun cuando la contraparte también presentó testigos, ha podido el sentenciador hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 702 del C. J. y darle preferencia a los presentados por los demandantes, dada su fama y condiciones personales. Señala como violados, los artículos 697, 702 y 472 del C. J., y 1946, 1947, 1948 y 1954 del C. C.

Se considera:

Probar es establecer la existencia de la verdad; y las pruebas son los diversos medios por los cuales la inteligencia llega al descubrimietno de ella.

Probar, vale tanto como procurar la demostración de que un hecho dado ha existido, y ha existido de un determinado modo, y no de otro. En todas las legislaciones se da una importancia decisiva a aquel trámite del juicio conocido con el nombre de período de prueba. Originada siempre la controversia judicial en la disconformidad entre las partes acerca de la apreciación de un hecho y de la declaración de un derecho, el único modo de fijar el uno y el otro es investigando ante todo su realidad, y esto no puede lograrse sino probando el hecho, o sea, procurando por cuantos medios sugiera la lógica, producir en nuestra conciencia el estado de certeza que determina el pleno convencimiento de su existencia, o probando el derecho, que consiste en demostrar cómo el derecho encarnado en el precepto legal, se aplica al hecho de antemano averiguado.

En la legislación colombiana, el interés individual tiene la iniciativa de la prueba en los procesos civiles, y al contrario, ella corresponde a los funcionarios públicos en los procesos criminales. A virtud de este principio, el Juez no tiene que examinar de oficio si existe un derecho de acreencia, o un derecho de propiedad en favor del demandante; o bien, si este derecho, suponiéndolo comprobado, ha sido destruído por tal o cual modo de extinción. El Juez debe aplicar en todo su rigor las reglas que da la ley con respecto a la prueba.

Así pues, en materia civil, la prueba está sujeta a una determinada ordenación ritual, que detalla el artículo 597 del C. J., citado por el recurrente. Parte de esta ordenación, es la *iniciativa de los litigantes*, interesados en escoger el hecho o acto que deben demostrar y el medio probatorio.

En el sistema procesal, en donde se ha adoptado el principio inquisitivo o de coacción, el Juez oficiosamente inquiere lo relacionado con la verdad pro-

cesal, sin necesidad de excitación o estímulo de los interesados, tal como en el sistema penal colombiano; por lo menos mientras no se dicta el auto de proceder, en que la iniciativa puede tenerla el sindicado, sin que la pierda del todo el Juez de la causa.

Pero, en materia civil, rige entre nosotros el principio dispositivo, el acto jurisdiccional se realiza al influjo de las afirmaciones, peticiones y aportación de pruebas de las partes.

No obstante lo que se acaba de expresar sobre la iniciativa de la prueba en materia civil, con el objeto de aclarar los puntos dudosos y para que el derecho no sea sacrificado por las fórmulas, el Juez o Tribunal que vaya a decidir definitivamente un asunto en segunda instancia, puede dictar oficiosamente un auto para mejor proveer, después de concluído el término probatorio, con el sólo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos, dentro de un término que no puede pasar de veinte días, más el de la distancia (artículo 600 del C. J.).

La prueba pericial, en determinados casos, puede ser ordenada de oficio o por el Juez. Esto ocurre en determinadas circunstancias en que por excepción lo dispone la ley: cuando el Juez o Tribunal vaya a fallar definitivamente un asunto en segunda instancia y dicta un auto para mejor proveer, conforme al artículo 600 del C. J. citado. En este caso, el Juez, de oficio, puede nombrar los peritos.

El Juez también puede, oficiosamente, es decir, sin petición de parte, en cualquier momento o tiempo antes de fallar, ordenar que los peritos amplíen, o expliquen, o funden mejor su dictamen (artículo 719 del C. J.).

Según el artículo 721 del mismo Código, cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica y haya tal diferencia entre los estimativos extremos dados como resultado por los peritos, que exceda de un cincuenta por ciento sobre la cantidad menor, *el Juez puede decretar de oficio otro avalúo y entonces también puede él designar los peritos.* (Dr. Rocha, "De la Prueba en Derecho", pág. 242).

Es evidente que sobre un mismo punto, tan sólo puede pedirse dictamen de peritos *una vez en cada instancia,* pero esta limitación para exigir la intervención de expertos, no impide que el Juez, de oficio, pueda en el caso contemplado en el artículo 721, valerse de otro examen pericial, en los casos en tal precepto contemplados (art. 718 del C. J.).

La ley no dispone que el peritazgo que de oficio pueda decretar el Juez o Tribunal, en el caso señalado en el artículo 721 del C. J., ha de serlo dentro del término de prueba y efectuarse antes de la citación para sentencia, pues claramente se observa que se trata del caso especial a que se refiere el ordinal 4º del artículo 597. La ley le da al Juez allí una amplia facultad, tanto para hacer la regulación que estime equitativa, separándose del dictamen, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe.

El artículo 721 del C. J. faculta, pues, para hacer una de dos cosas: o la regulación que estime equitativa y conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso, o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe. Lo cual no puede ocurrir sino en el momento de fallar, cuando al examinar la prueba pericial practicada, encuentra que no le es posible tomar el medio aritmético, porque la calificación y examen que hiciera con antelación, implicaría un prejuzgamiento.

Hay también en otras disposiciones de leyes especiales, casos en que se faculta al Juez para apartarse de la regla general en la iniciativa de la prueba, como son las inspecciones oculares, que ha de ordenar el sentenciador en ciertas controversias sobre predios rústicos, en que le está vedado desatarlas sin haber practicado antes examen ocular, que le corresponde disponer aún oficiosamente, no obstante que las partes no lo hayan suplicado (artículo 20, ley 200 de 1936; artículo 69 D. E. número 59 de 1938; ley 100 de 1944). En estas inspecciones oculares, los jueces tienen poder para determinar los puntos de las diligencias y sobre los que deban exponer los peritos, si es el caso.

Además, tratándose de acciones sobre prescripción adquisitiva, de qué trata la ley 120 de 1928, también gozan los funcionarios que de ellas conocen, de la facultad de disponer la práctica de inspecciones oculares (artículo 9º ibidem) dentro de los respectivos procesos, y tratándose de la *acción de prescripción entre comuneros,* no se puede fallar sin haber practicado una inspección ocular (artículo 4º, ley 51 de 1943).

Por todo lo expuesto, necesario es concluir que el Tribunal Superior de Pasto, si bien pudo hacer la regulación que estimara equitativa y conforme a los varios dictámenes periciales rendidos en el juicio, estaba autorizado para, vencido el término de prueba, ordenar oficiosamente un nuevo dictamen pericial, en las condiciones señaladas en el artículo 721 del C. J.

No era dable desechar la prueba pericial, o dejar de ordenarla, en el caso de no hacer la regulación el Juez, para valerse de la testimonial, prueba muy

importante en este negocio, dada la calidad de los testigos, que hubiera servido para mejor orientar el criterio del sentenciador, en una regulación directa del valor del inmueble materia de la controversia; pero, adoptado el sistema de un nuevo avalúo, no le era posible al Juez desecharlo, si lo encontró fundado, para decidir el pleito, que entrañaba ante todo el justiprecio del bien demandado, y basarse exclusivamente en lo aseverado por los testigos.

No sale del asombro la Corte, al examinar los diversos avalúos, de la disparidad de opiniones de los peritos nombrados en una y otra instancia, que revela gran inconsistencia de criterio en la apreciación de la cosa sometida a su pericia, mas el juicio del Tribunal, apoyado en el concepto de los expertos que oficiosa y legalmente nombró, es intocable en casación, dado que el juzgador tiene facultad de estimar dentro de su criterio, la prueba pericial y darle el alcance que a su juicio tiene, y menos cuando por este aspecto no se ataca en casación.

SENTENCIA

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de fecha veinticinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo.

Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas.

El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO — REQUISITOS DE LA DEMANDA DE CASACION CUANDO SE INVOCA LA CAUSAL PRIMERA

Es esencial en el recurso de casación la cita ordenada de los textos legales de carácter sustantivo que el recurrente estime infringidos, en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 del C. J. Es de recordar que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación de esos dos extremos, se llega o no a la infirmación del fallo. Por eso, cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación.

El no citar la disposición del artículo de la ley sustantiva violado por la sentencia recurrida, constituye un vicio sustancial en casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre veinte y seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

1) Consta de autos que el doctor Nicolás Guerrero vendió a su hermana, la señora Ana Mercedes Guerrero de Paba, por la suma de trescientos pesos que el vendedor declaró recibidos, una casa en el barrio de "Los Atillos", de la ciudad de Ocaña, según aparece de la escritura pública número 179 de primero de junio de 1935, del Circuito Notarial del mismo lugar, debidamente inscrita.

2) Que por escritura pública número 85 de 23 de marzo de 1938, de la citada Notaría, la nombrada señora Guerrero de Paba vendió a su referido hermano, "para los menores impúberes Dora, Amalia, Marina, Nicolasa, Nicolacito, Rodrigo, Alonso y Eduardo Enrique Chacón Guerrero el inmueble en referencia. Declara el estipulante doctor Guerrero, que el predio lo compra para los menores en referencia, con dinero de éstos.

3) Aparece también que la señora Leopoldina Chacón, diciéndose madre natural de los expresados menores y como su representante legal, al tenor de la ley 45 de 1936, por medio de la escritura pública número 215 de fecha ocho de julio de 1938, declara que acepta la compra del inmueble que por escritura pública número 85, atrás mencionada, hizo Nicolás Guerrero a doña Ana Mercedes para dichos menores impúberes y con fondos de los de mismos.

4) Con base en la escritura número 85, que se acaba de citar y afirmando que el doctor Guerrero no le cubrió el precio, valor de la venta que realizó para los menores Guerrero o Chacón por el memorado instrumento, la señora Guerrero de Paba demandó a su hermano don Nicolás y a la señora Leopoldina Chacón Soto para que se declare la resolución de tal contrato, por cuanto no se le cubrió el precio, no obstante haberse hecho constar en la escritura respectiva que éste había sido cubierto a satisfacción de la vendedora.

5) La demandada Chacón, al evacuar el traslado, hizo presente que, como madre natural de los nombrados Guerrero Chacón y como su representante, había aceptado lo estipulado a favor de sus hijos en la escritura número 85, o sea la venta que se les hizo de una casa en el barrio de "Los Atillos", en la ciudad de Ocaña. Que a virtud de tal aceptación, Guerrero dejó de ser parte en el contrato de compraventa, o sea, que por tal circunstancia, su condición jurídica con respecto a tal acto, es de un tercero extraño al negocio. Que hace plena fe contra el estipulante Guerrero y la vendedora señora de Paba, la declaración por ellos consignada en la escritura 85, de que el primero pagó por cuenta de los menores el precio convenido, que la vendedora recibió.

6) Por su parte, el otro demandado, doctor Guerrero, contestó aceptando los hechos de la demanda y contrademandó, a su turno, para que, a su vez, el Juez decretara la resolución de la venta hecha por él a su hermana, quien, como es de suponer, dado el interés no oculto que se persigue en este doble litigio, convino en todos los hechos y el derecho alegado.

7) El Juez del conocimiento, que lo fué el Civil del Circuito de Ocaña, falló declarando que

una vez aceptada por la madre natural de los menores, la estipulación hecha por el doctor Guerrero, la acción ha debido enderezarse contra ellos exclusivamente, representados por la madre, señora Chacón, por cuyo motivo consideró inepta la demanda, y en cuanto a la contrademanda, decidió que, no estando obligado el doctor Guerrero a responder en lo referente a la acción principal, no tenía por su parte derecho para ejercer la de mutua petición.

La sentencia recurrida

Apelada la providencia por los hermanos Guerrero, el Tribunal la confirmó sin mayor estudio. De ahí que haya sido necesario reproducir las razones del Juez **a quo**, que en definitiva, son las que sustentan el fallo de segundo grado, del cual recurrieron, la demandante señora Guerrero de Paba y el contrademandante doctor Guerrero.

Dice el Tribunal, por toda razón para confirmar la providencia apelada:

"En síntesis el Juez consideró que el doctor Nicolás Guerrero no tenía interés jurídico a lo que los actores llaman legitimación para obrar como demandado, ni como demandante y por lo tanto hizo bien en considerar la demanda sustantiva inepta".

Olvidó o nada dijo el Tribunal con respecto a la apelación interpuesta por la señora de Paba y sin más estudio, confirmó lo resuelto en la primera instancia.

El recurso

El apoderado de la demandante acusa la sentencia con fundamento en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., por ser "violatoria de ley sustantiva". Dice textualmente: "Esa violación es doble pues lo es por violación directa, por aplicación indebida y también por interpretación errónea. En cuanto a la apreciación errónea que hace el Tribunal en su fallo acusado se incurrió en doble error de derecho y de hecho, que aparece manifiesto en los autos".

Hace luégo un examen de la posición jurídica adoptada en el debate por el doctor Guerrero, quien actúa como demandado y como actor en la contrademanda, y sin embargo, el Tribunal nada dice si la carencia de interés jurídico para obrar, se origina en la acción o en la de mutua petición.

No cita a través de su estudio, el señor apoderado, ni un solo precepto de carácter sustantivo que considere violado por las razones que alega.

Se considera:

Es esencial en el recurso de casación, la cita ordenada de los textos legales de carácter sustantivo que el recurrente estime infringidos, en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 del C. J. Es de recordar, que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación de esos dos extremos, se llega o no a la infirmación del fallo. Por eso, cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación.

"El no citar la disposición del artículo de la ley sustantiva violado por la sentencia recurrida, constituye un vicio sustancial en casación" (Véase G. J., Tomo 43, Nos. 1907, 1908 de 13 de febrero de 1936, pág. 335).

Por lo expuesto, se declaran sin fundamento los cargos aducidos por la demandante señora Guerrero de Paba.

B. **Recurso del contrademandante doctor Guerrero**

Acusa la sentencia su apoderado ante la Corte, por las causales 1ª y 2ª de las señaladas en el artículo 520 del C. J.

Por orden lógico, se estudia la que corresponde a la causal segunda.

Se apoya ésta en que el juzgador se abstuvo de fallar la contrademanda.

Expresa que el Tribunal confunde lamentablemente la "cárencia de acción", o sea la falta de interés jurídico, con la falta de personería, que considera como excepción perentoria.

Este error del sentenciador —agrega— lo llevó a abstenerse de fallar la demanda del doctor Guerrero, "para decidir si efectivamente el contrato por él demandado era válido y legal o no lo era, dejando absolutamente viva esta cuestión que estaba sub-júdice y de consiguiente de ineludiblemente (sic) resolución por parte del fallador".

"Y ello produjo, aquí sí que **consecuencialmente** la segunda causal de casación o sea la de abstención de fallar que más adelante se tratará".

Se considera:

El Tribunal, al acoger sin mayor estudio la providencia del Juez de primera instancia, consideró como éste, que Guerrero no tenía interés jurídico para obrar como demandado ni como demandante,

y aceptó por ello la tesis de la ineptitud de las demandas propuestas.

La sentencia en estudio, pues, **confirmó la absolución** de los cargos que se formularon en la acción principal, a los demandados Nicolás Guerrero y Leopoldina Chacón Soto, y a Ana Mercedes Guerrero de Paba, "de los que se le hacen en la demanda de reconvención instaurada contra ella por el citado demandado Nicolás Guerrero R.".

La causal alegada, que es la que consigna el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no puede tener cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda, o cuando ha fallado en más de lo pedido, o cuando no ha desatado alguno de los puntos sobre que versa la controversia.

Por la trascripción que se acaba de hacer, se ve que el Tribunal desató la litis, no sólo respecto de la acción principal de la señora de Paba, sino también lo concerniente a la demanda de reconvención propuesta por don Nicolás contra su hermana, y es sabido que es la parte resolutiva de una sentencia, la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas emanadas de la sentencia entre las partes. La parte motiva es la base de la resolutiva y sirve para su interpretación. Quiere ésto decir que, si en la parte motiva ha habido errónea apreciación de los hechos, o falta de estimación de las pruebas, con lo cual se haya producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación, por este motivo, no es la consagrada por el numeral segundo del artículo 520 del C. J. citado, sino otra muy distinta (Véanse sentencias de esta Sala publicadas en las GACETAS JUDICIALES Números 1905, pág. 193, Tomo XLIII).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Causal primera:

En varios capítulos de la demanda de casación, se acusa la providencia recurrida por la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J.

Sostiene el recurrente, que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, tanto por infracción directa, como por aplicación indebida e interpretación errónea de la ley sustantiva.

Dice que, del hecho de que la venta de la señora de Paba a su hermano para los menores Guerrero, fuera una estipulación a favor de éstos, que aceptó luégo la madre natural de los menores, de ello no puede desprenderse que Guerrero "hubiera quedado inhibido o prohibido o vedado en absoluto para proponer cualquier acción de cualquier naturaleza, ya la vía judicial directa o en demanda de reconvención contra un acto cualquiera que hubiera celebrado anteriormente...", etc.

No cita el recurrente ningún precepto que la decisión del Tribunal hubiese violado, o aplicado indebidamente, o dejado de aplicar.

Se considera:

El cargo no puede aceptarse, por falta de técnica de casación, al dejar de indicar el precepto o preceptos violados y el concepto en que lo hayan sido. Basta como fundamento lo ya expresado por la misma causa, al estudiar el recurso de la demandante en la acción principal.

La falta de técnica en los diversos cargos propuestos en las demandas de casación que se dejan enunciadas, obliga a la Corte a no entrar al fondo de la cuestión, no obstante la deficiencia del fallo recurrido.

Lo dicho es suficiente para abstenerse la Sala de casar el fallo.

Se condenará en costas a favor de la señora Chacón, no recurrente.

SENTENCIA:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, de fecha tres de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve.

Costas a cargo de la demandante, señora de Paba y a favor de la demandada Leopoldina Chacón.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

LAS DISPOSICIONES DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES NO PUEDEN SER TENIDAS COMO LEY CUYA VIALACION DE LUGAR AL RECURSO DE CASACION

Hay paso hacia el recurso de casación, según el motivo 1º del artículo 520 del C. J., cuando la sentencia del Tribunal es violatoria de ley sustantiva, lo cual está de acuerdo con la finalidad principal del recurso, que según expresa el artículo 519 anterior, es "uniformar la jurisprudencia nacional". Y es claro entonces que esa jurisprudencia no se uniforma sino aplicando leyes nacionales, es decir, dictadas para toda la Nación. No se uniforma esa jurisprudencia con la aplicación de normas que pueden llamarse locales, por contraposición a nacionales, es decir, normas para sólo una parte del país —un Departamento o un Municipio—. En sentido lato, se da el nombre de leyes, fuera de las comunes, a todo articulado que una autoridad del Estado, con jurisdicción dentro de su territorio o dentro de una parte de él, puede dictar con el carácter de obligatoriedad. Así, en aquel sentido genérico es común llamar leyes los decretos reglamentarios del Gobierno, las ordenanzas departamentales, los decretos de los alcaldes y los acuerdos municipales.

Pero ley para los efectos del recurso de casación, es la sustantiva, es decir, la expedida por el Congreso con carácter obligatorio para toda la República. No es siquiera la adjetiva: se necesita que la ley verse sobre derechos individuales de las personas naturales o jurídicas, y por eso, hay que buscar en el Código Civil lo que es ley, para el caso, prescindiendo de definiciones y conceptos sobre su significado, las cuales abundan, pero que no pueden tenerse en cuenta en este recurso extraordinario. Se cita el Código Civil, para efecto de la definición de ley, nada más, pero sin que ello quiera decir que sólo en ese Código se encuentren las disposiciones sustantivas a que alude el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Ley, de acuerdo con el artículo 4º de nuestro Código Civil, "es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional". Y la Carta Fundamental expresa que "corresponde al Congreso hacer las leyes". De manera que, en sentido restricto, aplicable al caso que se está estudiando, ley es una emanación del Congreso.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Antonio Alvarez Medina, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria contra la sociedad Jockey Club de la ciudad de Bogotá, en la cual pide que se declare que él ganó la apuesta mutua denominada "Polla Hípica", correspondiente a la cuadragésima séptima reunión hípica de la temporada de 1944, y que la Sociedad debe pagarle esa apuesta, que se aprecia en $ 4.000.

En derecho fundó sus pedimentos "en los Decretos 64 de 1941, 39 de 1942, 66 de 1942 reglamentarios de las carreras de caballos que se verifiquen en el Municipio de Bogotá, dictados por la Alcaldía". Además, citó la demanda "los artículos 2282, 2286 y demás pertinentes del Código Civil".

No aceptó la demanda el Presidente del Jockey Club, y el Juzgado Séptimo del Circuito de Bogotá, por sentencia de cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta, decidió el pleito en primera instancia, en el sentido de declarar que el demandante ganó la apuesta mutua denominada "polla hípica", y de condenar a la Sociedad demandada a hacer a éste el pago correspondiente.

Apeló la parte demandada, y el negocio pasó al Tribunal Superior de Bogotá, donde se dictó sentencia de veintiseis de agosto del año citado, por la cual se revoca la del Juzgado y se absuelve al Jockey Club.

Hizo el Tribunal un examen minucioso de las disposiciones municipales que regían a la fecha, y llegó a la conclusión de que lo resuelto en el caso del demandante estaba ajustado a esas normas de los decretos ya citados. Dijo el Tribunal: "De todo el acervo probatorio, el punto por dilucidar se contrae a si era legal o estaba de acuerdo con el reglamento de carreras, elaborado por la Alcaldía de Bo-

gotá, el cambio de programa que la Junta de Comisarios del Hipódromo hizo a última hora en lo relativo a los caballos que debían participar en la tercera carrera". Alrededor, pues, de la resolución dictada por la Junta de Comisarios que los decretos reglamentan, y que es máxima autoridad en el espectáculo, se concretó el debate, debido a que tal resolución no fue aceptada por el demandante. Incidentalmente se habla de que el caso fue llevado al Consejo de Estado, y que esta entidad resolvió que no conocía del asunto porque se trataba de intereses privados que debían ser definidos por los Comisarios del Hipódromo, de acuerdo con el reglamento de carreras.

Defraudado el actor en sus pretensiones, interpuso el recurso de casación, y ante la Corte ha planteado el negocio en la siguiente forma:

Acusa la sentencia del Tribunal por ser violatoria de la ley sustantiva, por haber sido ésta erróneamente interpretada e indebidamente aplicada al caso del pleito; e invoca el primero de los motivos del artículo 520 del C. J. Y en un capítulo único dice textualmente:

"De acuerdo con el artículo 2286 del Código Civil 'producirán acción los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo, pelota, bola y otros semejantes, con tal que en ellos no se contravenga a las leyes de policía' ".

"Las carreras de caballos en el Municipio de Bogotá están expresamente reglamentadas por los Decretos números 64 de 16 de abril de 1941, 39 de 28 de febrero y 66 de 10 de abril de 1942, dictados por la Alcaldía de Bogotá, el segundo adicional y reformatorio del primero y el tercero reformatorio del primero y del segundo.

"Tales decretos son, pues, las disposiciones sustantivas a cuyo texto y contexto ha debido desatarse por el Tribunal sentenciador las cuestiones de hecho y de derecho propuestas en la demanda promovida por el señor Antonio Alvarez Medina contra la sociedad o corporación denominada Jockey Club, sobre pago de una apuesta mutua denominada Polla Hípica".

Más adelante, ya para poner fin a su demanda de casación, dice el recurrente:

"El Tribunal fallador interpretó erróneamente el artículo 150 del Decreto número 64 de 1941; dejó de aplicar por esta causa, al caso del pleito, los artículos 253, 259, 321 de dicho Decreto, el 22 del Decreto número 66 de 1942 y el Acta que lo reglamenta.

"Por todo ello desconoció el derecho del demandante, como único y exclusivo ganador de la apuesta mutua denominada Polla Hípica correspondiente a dicha reunión, con manifiesta violación de la ley sustantiva que lo es el Reglamento de Carreras, y revocó en la parte resolutiva del fallo acusado la sentencia de primer grado".

Como se vio atrás, el recurrente, al iniciar su acusación, cita el artículo 2286 del C. Civil, pero no expresa si lo acusa como violado. Y no ha de ser, porque precisamente ése es el texto que dio campo a su demanda, es decir, que autoriza la acción que entabló. Por eso dice la sentencia del Tribunal, en el Capítulo sobre Competencia: "Por la naturaleza de la acción igualmente es competente la justicia ordinaria ya que se basa la acción en obligaciones provenientes de un contrato de adhesión, el aleatorio de juego de carreras a caballo, regulado por el Título 32 del Libro IV, Capítulo I del C. C., y especialmente por el artículo 2286".

Quedan entonces como violadas, según el concepto del recurrente, las normas de los Decretos 64 de abril de 1941, 39 de febrero y 66 de abril, ambos de 1942 dictados por la Alcaldía de Bogotá, decretos que contienen las disposiciones sustantivas "a cuyo texto y contexto han debido desatarse por el Tribunal las cuestiones de hecho y de derecho propuestas en la demanda", según lo dice el recurrente.

En esto hay un grave error del recurrente.

Hay paso hacia el recurso de casación, según el motivo 1º del artículo 520 del C. J. invocado por el recurrente, cuando la sentencia del Tribunal es violatoria de ley sustantiva, lo cual está de acuerdo con la finalidad principal del recurso, que según expresa el artículo 519 anterior, es "uniformar la jurisprudencia nacional". Y es claro entonces que esa jurisprudencia no se uniforma sino aplicando leyes nacionales, es decir, dictadas para toda la Nación. No se uniforma esa jurisprudencia con la aplicación de normas que pueden llamarse locales, por contraposición a nacionales, es decir, normas para sólo una parte del país —un Departamento o un Municipio—. En sentido lato, se da el nombre de leyes, fuéra de las comunes, a todo articulado que una autoridad del Estado, con jurisdicción dentro de su territorio o dentro de una parte de él, puede dictar con el carácter de obligatoriedad. Así, en aquel sentido genérico es común llamar leyes los decretos reglamentarios del Gobierno, las ordenanzas departamentales, los decretos de los alcaldes y los acuerdos municipales.

Pero ley para los efectos del recurso de casación, es la sustantiva, es decir, la expedida por el Congreso con carácter obligatorio para toda la Repú-

blica. No es siquiera la adjetiva: se necesita que la ley verse sobre derechos individuales de las personas naturales o jurídicas, y por eso hay que buscar en el Código Civil lo que es ley, para el caso, prescindiendo de definiciones y conceptos sobre su significado, las cuales abundan pero que no pueden tenerse en cuenta en este recurso extraordinario. Se cita el Código Civil, para efecto de la definición de ley, nada más, pero sin que ello quiera decir que sólo en ese Código se encuentren las disposiciones sustantivas a que alude el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Ley, de acuerdo con el artículo 4º de nuestro Código Civil, "es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional". Y la Carta Fundamental expresa que "corresponde al Congreso hacer las leyes". De manera que, en sentido restricto, aplicable al caso que se está estudiando, ley es una emanación del Congreso.

Estas ideas las ha expuesto la Corte en varias ocasiones. En reciente fallo dijo: "El cargo séptimo versa sobre supuesta violación de los artículos 12 y 13 del Decreto Ejecutivo número 761 de 1887. No debe siquiera considerarse, porque en nuestra legislación el recurso extraordinario de casación tiene como exclusivas finalidades velar por la fiel y exacta aplicación de la ley sustantiva y uniformar la jurisprudencia nacional sobre los diversos fenómenos del derecho privado. De ahí que se escapen a esta misión los preceptos reglamentarios y en general las normas ejecutivas, que sólo tendrían su operancia y aplicación en las instancias". (GACETA JUDICIAL, Tomo LI, página 184. Véase también G. J. Tomo XLIX, fol. 299, 2ª columna).

Todo lo que se ha dicho quiere significar que no son leyes, y no autorizan, por tanto, el recurso de casación, los decretos expedidos por la Alcaldía de Bogotá, que regulan las carreras a que el juicio se refiere, y configuran el derecho que reclama la parte recurrente. No prospera, por tanto, el motivo de casación invocado.

De acuerdo con esta exposición, 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 veintiseis de agosto de mil novecientos cincuenta, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda.— Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — REQUISITOS DE LA POSESION REGULAR

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Jacinta María Contreras, por medio de apoderado, presentó demanda ordinaria contra Rufino Narváez para que se declare, según la corrección de la demanda, que es la única y exclusiva propietaria de la finca "Escobalito", situada en el Municipio de Tolúviejo "no sólo por haberla comprado al señor Rufino Lao sino también por venir en posesión material de ella, sin interrupción alguna, quieta y pacíficamente por espacio de treinta años". La actora hizo también las peticiones del caso relacionadas con la acción instaurada.

Para entablar esta acción la Contreras dio poder al abogado Gilberto M. Stave, sosteniendo que adquirió la finca por compra que hizo a Rufino Lao "según consta en la escritura pública que presentará mi apoderado a su debido tiempo".

Esto mismo se sostiene en la demanda (hecho primero), y se sostiene también en ella que la actora es dueña de la finca, "no sólo por haberla comprado, sino porque viene poseyéndola quieta y pacíficamente desde julio de 1911, fecha en que la adquirió".

El actor invocó como fundamento de derecho los artículos 947, 950, 952, 961 y 964 del C. C., todos relacionados con la acción de dominio.

El Juez decidió el asunto absolviendo al demandado, porque las declaraciones presentadas por las partes "no son suficientes para demostrar las posesiones de demandante y demandado y la identidad entre la cosa que se trata de reivindicar y la que pueda poseer el demandado". Conclusión ésta a que llegó el Juzgado después de plantear así el problema de derecho: El demandante en acción reivindicatoria tiene que demostrar que su derecho sobre la cosa está mejor caracterizado que el del demandado, que se reputa dueño conforme al artículo 762 del C. C.; pero fuéra de esta acción, existe la del artículo 951 del mismo Código, el cual dice que "se concede la misma acción, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción". Y concluye el Juzgado: "Este es el caso de autos en el cual el demandante ha tratado de comparar dos posesiones: la suya y la del demandado", ya que el título de adquisición del inmueble que ha presentado el actor es un documento privado protocolizado, que no es eficaz para demostrar el derecho de propiedad.

El Juez se excusó de examinar las excepciones por no haber prosperado la acción.

Sólo el actor apeló de la sentencia de primer grado; y el Tribunal Superior de Cartagena, en la suya de veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, la confirmó, adoptando, en líneas generales, el mismo principio legal expuesto por el Juzgado para fundamentar su fallo. Efectivamente, se lee en la sentencia del Tribunal:

Las reglas contenidas en los artículos 950 y 951 del C. C. señalan dos títulos distintos para ejercitar la acción reivindicatoria: según la primera, corresponde la acción a quien tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa; y de conformidad con la segunda regla, también puede ejercitarla, aunque no pruebe dominio, el que ha perdido la posesión regular de la cosa y se halla en el caso de poderla gánar por prescripción, teniéndose en cuenta que no valdrá la acción reivindicatoria ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea la cosa con igual o mejor derecho. Después de esta enunciación, dice la sentencia que el actor no está dentro del primer caso, porque el título que ha presentado es un documento privado, protocolizado, del año de 1911; y considera que tampoco está dentro del segundo caso, ya porque el demandante no logró probar la posesión con las declaraciones presentadas, ya porque el demandado ha presentado unas escrituras y establecido que dentro de los linderos de ellas se encuentra el inmueble a que se refiere la demanda, lo que quiere decir que al actor no lo favorece el artículo 951 citado, pues no puede reivindicar contra el verdadero dueño, conforme al inciso segundo de este artículo.

El Tribunal concreta en esta forma su concepto:

"Tiénese así que mientras la parte actora trata de probar su derecho a prescribir con un documento que no sirve para acreditar la posesión regular, y con testigos que afirman la posesión material sin expresar los linderos del inmueble, a excepción de

tres que volvieron a declarar en la segunda instancia, pues de los cuatro que depusieron en esta oportunidad hay uno que sólo dice conocer dos linderos, la parte demandada acredita en cambio su posesión regular con dos escrituras públicas inscritas, y la material con declaraciones de cinco testigos que enumeran los linderos de la finca.

"De conformidad con el inciso segundo del artículo 951 citado, resulta de los anteriores elementos probatorios que aún en la hipótesis de que la señora Jacinta Contreras tuviera la posesión regular, su acción no valdría contra Rufino Narváez, ya por ser éste el verdadero dueño si quien le vendió el inmueble lo era también, o ya por tener mejor derecho que la demandante en virtud de la posesión regular, si el vendedor involucró la finca 'Escobalito' sin ser suya en el globo que le vendió a Narváez mediante la escritura número 69. En consecuencia, la acción reivindicatoria no puede prosperar".

Ante este nuevo insuceso, la parte demandante interpuso el recurso de casación, que se entra a considerar.

Casación

Concretando su acusación al concepto que se acaba de copiar, invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, y dice que la sentencia violó los artículos 950, 951, 961, 962, 964 y siguientes, 740, 752, 762 y 2351 y sus concordantes del C. Civil "por infracción directa, a la cual llegó por mala apreciación y por no estimación de pruebas que demuestran la posesión de mi mandante sobre la finca, por todo el tiempo necesario para ganar su propiedad por prescripción extraordinaria, y la identidad del inmueble, y asimismo por mala apreciación de la prueba instrumental con que la parte demandada trató de acreditar su dominio sobre el mismo bien y de los testimonios que adujo esta parte respecto a su posesión material".

Antes de entrar en el estudio de la demanda, es preciso considerar alguna objeción sobre personería propuesta por la parte demandada, en estos términos: El apoderado de la actora, abogado Gilberto Stave, sustituyó su poder en favor del abogado Manuel Carlos Rosales para gestionar ante el Tribunal "en dicho juicio en todo el trámite y finalización de la segunda instancia". Rosales no tenía, por tanto, facultades para interponer el recurso de casación, ni para sustituir el poder, como lo hizo ante la Corte el abogado José Alviar Restrepo, para presentar la demanda de casación. "No habiendo sido fundado ese recurso por persona hábil, y habiendo pasado el tiempo en que debió fundarse, es el caso de que la Corte lo declare desierto".

Se considera sobre esto:

Es amplio el poder dado por la actora al abogado Stave, y el demandado no lo objeta. Aquél sustituyó el poder en el abogado Rosales para el trámite y finalización de la segunda instancia, es verdad; pero también es cierto que en la sustitución se dice que se hace "con las mismas facultades que me fueron conferidas por mi poderdante", entre las cuales facultades estaba la de "interponer los recursos legales a que hubiere lugar", según expresión de la actora Jacinta María Contreras al dar poder al abogado Stave. De esta suerte, no hay razón valedera para restarle facultades al abogado Rosales, ni para interponer el recurso de casación ni para facultar por sustitución al abogado Alviar Restrepo a fin de que éste agitara el negocio ante la Corte.

La demanda es precisa en sus términos: se pide en ella declaración sobre que la actora es dueña del inmueble no sólo por haberlo comprado a Rufino Lao sino también por posesión material de él durante más de treinta años. En los hechos primero y segundo sostiene esto mismo. Y como se vio atrás, el Tribunal ha dicho en síntesis sobre lo primero, es decir, sobre la compra que la actora hizo a Rufino Lao, que esto es inaceptable porque se trata de establecer esa compra con un documento privado, que aunque protocolizado, no se puede aceptar como prueba del contrato. Y dice la sentencia en cuanto a lo segundo, que mientras la actora trata de establecer con testigos una posesión con miras a la prescripción, el demandado ha presentado escrituras públicas dentro de cuyos linderos se encuentra el inmueble a que la demanda se refiere.

Acerca de lo primero, nada objeta el recurrente, de manera que acepta lo que dice el Tribunal en el sentido de que la venta no puede comprobarse con el documento presentado por la actora.

Y queda entonces el otro extremo, a saber: que la actora ganó por prescripción, según dice la demanda, el dominio sobre el lote; punto que estudió el Tribunal con vista del artículo 951 del C. Civil que dice: "Se concede la acción reivindicatoria, aunque no se pruebe el dominio, al que ha perdido *la posesión regular* de la cosa y se halla en el caso de poderla ganar por prescripción, "pero no valdrá contra el verdadero dueño". Y en la sentencia recurrida se llegó a la conclusión de que a la actora no la favorece este artículo, ya porque no es posee-

dora regular, pues el título de compra que ha presentado no es válido, ya porque el demandado, con las escrituras presentadas, ha probado ser dueño de la cosa a que la reivindicación se refiere.

Contra estas conclusiones del Tribunal el recurrente hace esfuerzos para demostrar que la posesión por parte de la actora está probada, y acusa al sentenciador de haber menospreciado las declaraciones de los testigos que afirman esa posesión, y de haber menospreciado también la diligencia de inspección ocular con la cual se establece la identidad de la finca. De otro lado, dice que el Tribunal consideró como dueño del inmueble al demandado con la presencia de la escritura por la cual éste compró una finca a Pedro Vélez Díaz, cuando los linderos de esa escritura son distintos a los de la finca "Escobalito" que reclama la actora.

Acerca de esto expresa la Sala: es verdad que los linderos son distintos; pero el demandado estableció que la finca "Escobalito" está comprendida dentro de los linderos generales de la escritura por la cual compró a Vélez Díaz una extensión mayor; y en cuanto a los testimonios de que habla el recurrente, el Tribunal no los menospreció, pues su razón cardinal por la cual no aceptó el punto de vista del actor sobre el dominio que alega por prescripción, estriba en que éste no es poseedor regular, como lo exige aquel artículo 951, porque no tiene título válido sobre el inmueble, y esta razón no fue considerada ni objetada por el recurrente. Las pruebas sobre posesión y el argumento sobre identidad no inciden entonces sobre este caso.

Se han hecho estas consideraciones, no obstante que el recurrente acusa la sentencia por infracción directa de varios textos lelegales, y sin embargo, como si se tratara de un alegato en instancia, sólo formula quejas alrededor de unas pruebas que él considera como inapreciadas por el Tribunal.

Y como no prospera la acusación del recurrente, la Corte Suprema, 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 veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, dictada por el Tribunal Superior de Cartagena.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. Hernando Lizarralde, Secretario.

LA TRANSACCION Y LA COSA JUZGADA PUEDEN SER RECONOCIDAS EN LA SENTENCIA COMO EXCEPCIONES PERENTORIAS AUNQUE NO HAYAN SIDO PROPUESTAS COMO DILATORIAS POR EL DEMANDADO Y TAMBIEN, AUNQUE PROPUESTAS COMO TALES, NO HAYAN PROSPERADO

1.—Cuando el artículo 341 del C. J. dispone que las excepciones de cosa juzgada y de transacción, proceden también como dilatorias, no obstante ser perentorias, y decidirse de manera previa a la contestación de la demanda, ello no significa que el demandado no se defienda con tales excepciones, si es lo cierto que existen y logra acreditarlas en el curso del juicio; ni que pierda el derecho a ellas, sólo por no haber logrado esquivar la nueva discusión con el incidente: ya sea porque no alcanzó a suministrar la prueba, ya sea porque las normas legales aplicables hayan sido estimadas equivocadamente, por el poco tiempo de que se dispuso para meditarlas.

No cabe duda de que el fundamento que tuvo el legislador para autorizar la proposición de estas excepciones, en forma de dilatorias, se explica claramente tanto por motivos de economía procesal, como porque la misma eficacia de la cosa juzgada, cuyos efectos también produce la transacción, indican que deben agotarse los medios de evitar un nuevo litigio cuya sentencia no podría variar de la del primero en que fue pronunciada, o el acuerdo de las partes que le puso término, o buscó evitarlo. (Artículo 2469 del C. C.).

Cualquiera que sea el sentido en que se produzca el auto interlocutorio que decide el incidente, es decir, ya sea porque declare probada cualquiera de las excepciones de que se ha tratado, ya sea porque las declare no probadas, es inadmisible sostener como piensa Ricci, que tal decisión del incidente prejuzga lo que sólo debe ser materia de la sentencia.

Más bien debe entenderse que si el demandado logra suministrar la prueba del hecho en que funda su excepción, se realiza el fin previsto por el legislador, evitando un litigio inútil, y, entonces, el auto interlocutorio tiene fuerza de sentencia, deja el punto terminado; nada queda pendiente, porque la verdad y la justicia se pusieron de manifiesto.

Pero si el demandado no logra suministrar la prueba del hecho, o el Juez se equivoca en la apreciación del mismo, o en la interpretación de la ley que le es aplicable, el auto respectivo al declarar no probada la excepción, nunca tendrá los mismos efectos del que la encuentra probada, pues sería contrario a la equidad y a la letra de la ley, considerar que la cuestión quedó definitivamente despachada y que el excepcionante quemó, por decirlo así, su defensa al entregarla a la suerte de la tramitación incidental, que por hipótesis, no impide la continuación del juicio.

Expresa, pues, el artículo 467 del C. J. que los autos interlocutorios sólo tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio. El reverso de esta medalla es tan brillante como su anverso. Porque es claro que si el auto interlocutorio no le pone fin a la instancia y permite la continuación del juicio, puesto que el demandado debe contestar la demanda, lo tramitado en el incidente no vincula al Juez ni a las partes, la excepción queda pendiente y es susceptible de ser declarada en la sentencia, con tal que en el término probatorio de la instancia se suministre el medio adecuado que no logró llevarse al incidente, o que el Juez encuentre que su primera apreciación fue equivocada.

En los términos anteriores entiende la Sala que deben interpretarse, de acuerdo con los principios de la sana hermenéutica, las normas de los artículos 337, 341, 342, 466, inciso 2º, 467, 468 y 473 del C. J.

2.—Como lo tiene decidido la jurisprudencia, no se requiere la solemnidad de la escritura pública cuando la transacción no constituye nuevo título de dominio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala B. de Casación Civil.—Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

Carlos Hincapié y otro contra Benjamín Correa

Explicación

En la diligencia de reparto hecha el 20 de septiembre de 1951, fue adjudicado este negocio al Magistrado doctor Gualberto Rodríguez Peña, quien redactó oportunamente el proyecto de fallo registrado el 10 de los corrientes. Al tiempo de las deliberaciones la mayoría de la Sala no estuvo de acuerdo con la decisión del proyecto y, en consecuencia, por seguir en turno según el orden alfabético de apellidos corresponde al suscrito Magistrado elaborar la nueva ponencia.

Antecedentes

1.—Los señores Luis E. Posada y Clímaco Mejía, por partes iguales adquirieron de Felipe Aguilar un terreno en forma de triángulo, ubicado en el barrio de Berlín, Municipio de Medellín, y alindado así: "Por el frente, que da al occidente, por barrancos, con la carretera Norte que conduce a Copacabana; por el sur, con terreno de Joaquín Mesa, y por el oriente, siguiendo el trazado de una calle en proyecto, lindero hoy con predio de Pascual Mesa". (Escritura número 679 otorgada el 31 de marzo de 1927 en la Notaría 4ª de Medellín).

2.—Clímaco Mejía vendió luego su parte a Francisco Velásquez, éste a Pedro Gallegos, quien posteriormente la traspasó al señor Ramón A. Escobar M.

3.—Así vinieron a quedar en comunidad Luis E. Posada (adquirente de Felipe Aguilar en 1927) y Ramón A. Escobar, causahabiente a título singular de la porción de Clímaco Mejía (adquirente también de Felipe Aguilar en 1927).

4.—Posada y Escobar decidieron dividir el terreno común mediante escritura pública número 2207 otorgada el 20 de agosto de 1929 en la Notaría 4ª de Medellín. Allí expusieron, entre otras cosas: "Que para la partición que será objeto de esta escritura, los otorgantes han convenido en destinar una parte del terreno común, para calles, tal como ello aparece en el plano levantado por el Centro de Ingenieros, el 17 de agosto en curso, y por lo tanto los linderos de lo adjudicado se determinan en partes, por dichas calles que tienen una cabida de 563 varas cuadradas. Los exponentes quedan obligados como dueños que son de las fajas de terreno destinadas para calles, a mantenerles esa destinación".

5.—En el punto 5º de la mencionada escritura señalan dos porciones de terreno para "hacer cesar esa comunidad", así:

"*Porción número I.* — Se adjudica al señor Luis E. Posada, y consiste en un lote de terreno con casa de tapias y tejas, con una cabida de dos mil treinta y una varas cuadradas y veinticinco centésimas de vara cuadrada (2.031,25), situado en este Municipio, en el paraje Bermejal, barrio Berlín, que linda: 'Por el frente, que da al occidente, en veinte metros, con una calle en proyecto, adyacente a la carretera norte, que conduce a Copacabana, por el sur, en sesenta y cinco metros, próximamente, con terreno de Joaquín Mesa, por el oriente, en veinte metros, con terreno que es o fue de Pascual Mesa; y por el norte, en sesenta y cuatro metros veinticinco centímetros, con una calle en proyecto'.

"*Porción número II.*—Se adjudica al señor Ramón A. Escobar M. y consiste en un lote de terreno, con sus mejoras y anexidades, situado en este Municipio en el paraje Bermejal, barrio Berlín, que mide tres mil quinientas una vara cuadradas y nueve centésimas de vara cuadrada (3.501,09) y que linda: 'por el frente, que da al occidente, con una calle en proyecto, adyacente a la carretera norte, que conduce a Copacabana; por el sur, con otra calle en proyecto, adyacente al inmueble adjudicado a Luis Posada; y por el oriente, siguiendo el trazado que existió de una calle en proyecto, lindero hoy con predio de Pascual Mesa, siendo de advertir que este lote tiene figura triangular'.

6.—Por enajenaciones sucesivas, la porción primera adjudicada al señor Luis E. Posada, vino a poder de los señores Carlos Hincapié y María Zapata de Hincapié; la segunda porción adjudicada al señor Ramón A. Escobar, vino a manos del señor Benjamín Correa.

7.—Dicho señor Correa, estimando que "los sucesores de Posada detentaban más de mil treinta y una varas" decidió demandar a los señores Carlos Hincapié y María Zapata de Hincapié, mediante escrito de 14 de mayo de 1945, que fue repartido al Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín.

8.—En la demanda se pidió: "que con citación y audiencia de ellos, se fijen los mojones de los siguientes lotes, previos los trámites de un juicio de deslinde:

"a) de mi propiedad de tres mil quinientas una varas con nueve centésimas de vara (3.501,09);

"b) de una faja de quinientas sesenta y tres varas cuadradas (563), destinadas para calles o pasadizo y que deben estar en comunidad entre las propiedades colindantes;

"c) de los lotes de los señores Hincapié y Zapata de Hincapié 2.031,24 varas.

"Es entendido que si en la medida de la primitiva comunidad (4.103,70 mts.) sobraren varas, deben quedar en comunidad".

9.—Tramitado el juicio especial de deslinde culminó con la diligencia del 11 de mayo de 1946 en que el Juzgado resolvió acoger como líneas divisorias de las propiedades a que se refiere el litigio, las que trazaron los peritos mediante un plano que se agregó a los autos. El acta de aquella diligencia la cual no vino a firmarse hasta el 8 de julio de 1946 dice así, en lo pertinente:

"El Juzgado resolvió acoger esas líneas como rayas divisorias de las propiedades, por las siguientes razones: porque no se demostró que entre los aludidos inmuebles se interponga una vía pública, pues no se adujeron elementos suficientes para acreditar lo contrario y no se encontraron sobre el terreno elementos verdaderamente demostrativos de la existencia de una calle entre las referidas propiedades; porque no se estableció que la zona destinada por los primitivos dueños de todas las propiedades para el tránsito, al tiempo de la división de la comunidad que tenían, sea distinta a la que señalan los peritos, pues no se trajo a los autos siquiera copia del plano a que alude la respectiva escritura de partición, porque tampoco se adujeron elementos probatorios indicativos de que se haya dado al acto de división una ejecución diferente al señalamiento que se hace; porque los títulos aportados por las partes no determinan un contenido especial mayor al que precisan los peritos; porque omitieron acreditar ellas que tengan en su favor posesión más o menos prolongada y que pueda tomarse en cuenta a fin de señalar de manera distinta a los peritos el alcance de sus respectivos títulos, y porque parece acertado para deslindar, a falta de otros motivos dignos de consideración, tomar en cuenta la extensión superficiaria (sic) de que se habla en la escritura de partición, o sea, la número 2207 del 20 de agosto de 1929, pasada en la Notaría 4ª de este Circuito; a continuación se fijaron mojones de madera en los extremos de las líneas divisorias, o que comprenden la zona destinada para el tránsito por los antiguos comuneros, distinguidas en el plano que se agrega con las letras P, T, y O, R. En este estado manifestó el señor Benjamín Correa conformarse con el deslinde, en vista de que el apoderado de la parte demandada dio asentimiento al deslinde que se hace aceptando la fijación de los peritos, como ya quedó expresado. Se advierte que dicha aceptación se hizo luego de alguna discusión entre los citados. Reconoció el señor Correa que las dos casas construídas por la parte demandada son suyas, mejor dicho las dos edificaciones existentes en terreno que se determina como suyo, y que lo fueron de buena fe. Que el muro determinado en la iniciación del deslinde debe ser retirado por la parte demandada. En seguida se dejó a las partes en la posesión de sus respectivos terrenos y conforme al deslinde hecho. No habiendo más de qué tratar se dio por terminada la diligencia. Hoy ocho de julio de mil novecientos cuarenta y seis, se firma la presente acta, la que no se firmó antes porque el expediente había sido prestado al señor Carlos Hincapié y en espera del arreglo que dijo iba a verificar con la parte actora. El Juez (firmado), Julio González Velásquez.—El perito (firmado), Eduardo Orozco R. (Firmado) Jorge Mondragón—(Firmado), Gerardo Pardo M., Secretario", (Cuaderno 1º, folios 49 v., 50 y 50 v.).

10.—El Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, a 26 de noviembre de 1945, había decretado el deslinde, ordenado la designación de los peritos y hecho las demás prevenciones de acuerdo con la ley. Se señaló el 15 de diciembre para comenzar la diligencia, la cual se inició a las dos de la tarde del día señalado y el acta sólo lleva las firmas del Juez, doctor Julio González Velásquez, de los peritos doctores Jorge Mondragón y Eduardo Orozco R., del señor Benjamín Correa H. y del secretario Gerardo Pardo Martínez. Los peritos rindieron su dictamen, en que señalan la línea, mediante concepto unánime suscrito por ambos en Medellín el 14 de marzo de 1946. Por auto del 30 de abril del propio año el Juzgado señaló el 11 de mayo siguiente para continuar el deslinde, que concluyó, según se anotó arriba, con la firma del acta, en igual forma, el ocho de julio citado.

11.—Los señores Carlos Hincapié y María Antonia Zapata de Hincapié, los demandados en el juicio especial de deslinde, presentaron, firmado por ellos y aceptado y prohijado por el doctor José Luis Molina, como abogado inscrito, un memorial ante el Juez 3º Civil del Circuito de Medellín, el 17 de julio de 1946, en que manifestaron que se oponen al deslinde consumado el 8 de julio de aquel año y formulan las siguientes peticiones encaminadas a declarar, con audiencia del señor Benjamín Correa, tres puntos, a saber:

"1º Que los predios de las partes, en el juicio de deslinde a que se refiere esta oposición, no colindan, por interponerse la calle 92.

"2º Que, como consecuencia, la línea señalada

en la diligencia de 8 de los corrientes es absolutamente errónea y debe ser rechazada, volviendo las cosas al estado anterior; y

"3º Que el señor Benjamín Correa H. debe ser condenado en costas".

Subsidiariamente se propuso:

"Que la línea de separación de los predios a que se refiere esta demanda señalada por el Juzgado 3º Civil del Circuito, en diligencia de 8 de julio de 1946, no tiene ningún valor porque está en contradicción con la escritura de partición que verificaron los antecesores de las partes en el dominio de sus respectivos lotes; y que debe pagar las costas".

12.—En el libelo de demanda los opositores Carlos Hincapié y María Zapata v. de Hincapié manifiestan que confieren poder especial al doctor José Luis Molina M., mayor de edad y vecino de Medellín, abogado graduado, etc.

13.—Por auto del 10 de septiembre de 1946 el Juzgado rechazó la demanda; el doctor Molina apoderado de los demandantes apeló de esa providencia; se le concedió el recurso y el Tribunal Superior por auto del 11 de diciembre de 1946, la revocó y admitió la demanda, ordenando pasarla en traslado a la contraparte. También reconoció al doctor Molina como mandatario judicial de los actores.

14.—Vuelto el negocio al Juzgado 3º Civil del Circuito, el apoderado del señor Benjamín Correa presentó memorial el 8 de febrero de 1947 en el cual expresa:

"Antes de dar contestación a la demanda, propongo como *excepciones dilatorias* las excepciones de cosa juzgada, transacción e inepta demanda, fundado en los siguientes hechos:

"a) No por una sola vez, sino por dos, el doctor Jorge Molina Moreno, apoderado entonces de los demandantes de hoy, dijo en forma enfática y ratificada que aceptaba de plano, sin condiciones, la línea fijada por los peritos. Fue entonces, cuando el señor Juez de la causa procedió a hacer la entrega de los lotes a cada uno de los litigantes sin que el señor Molina Moreno protestara o contradijera en lo más mínimo tal amojonamiento.

"En el teatro de los acontecimientos, el Juez señaló por medio de estacones, ranuras o señales ostensibles en los muros el lindero respectivo. Todo esto lo asintió expresamente el doctor Molina Moreno.

"...En este estado—reza el acta solemne (sic)—manifestó el señor Benjamín Correa contentarse con el deslinde, en vista de que el *apoderado* de la parte demandada dio asentimiento al deslinde que se hace aceptando la fijación de los peritos como ya quedó expresado. Se advierte que dicha *aceptación* se hizo luego de alguna discusión entre los citados...".

"Con vista en la aceptación que el doctor Molina Moreno dio a la línea pericial, el señor Correa asintió a que las construcciones verificadas por la contraparte habían sido plantadas de buena fe. La diligencia termina diciendo que el señor Carlos Hincapié se llevó el expediente para hacer un arreglo con el señor Correa, arreglo relativo a las mejoras que era lo único que quedaba pendiente. Continúa la diligencia: '...En seguida se dejó a las partes en la posesión de sus respectivos lotes y conforme al deslinde hecho...'.

"Es cierto que el doctor Molina Moreno no firmó la diligencia porque se ausentó o no quiso hacerlo, pero esto no demerita el acta ni su valor suasorio y obligatorio. La diligencia o acta respectiva es un documento público que tiene el valor de plena prueba, un valor irrefragable (artículo 632 del Código Judicial).

"¿Faltó a la verdad el señor Juez? ¿Mintió con él el señor Secretario? ¿Mintieron los peritos, las partes que suscriben el acta?

"Si el doctor Molina Moreno aceptó la línea en forma perentoria, fue porque estimó que era la que correspondía a los títulos, los cuales son claros y como hablan de determinada cabida, fácil resultó determinar la extensión de cada uno de los lotes.

"Esa determinación la llevaron a cabo peritos de la prestancia profesional, ingenieros titulados y de gran nombre. Ambos peritos coincidieron en su dictamen. La aceptación de la línea precluye toda alegación posterior; el acto confesional y de renunciación a toda ulterior oposición de parte del doctor Molina Moreno, implica o una transacción o al menos un auto interlocutorio que pone fin al proceso, una providencia que participa del carácter de sentencia definitiva (artículos 467 y 869 del Código Judicial). Textualmente dice el Código de Procedimiento: "los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio". "...hecho esto, el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos con arreglo a la línea fijada si ninguna de ellas se opone...'.

"En la diligencia de apeo, el doctor Molina consintió en la línea de los peritos, línea estudiada y conocida desde hacía mucho tiempo, porque a falta de una diligencia, hubo dos, con un gran intervalo y tal consentimiento implica transacción o la determinación del señor Juez derivada de ese consentimiento apareja cosa juzgada.

"Las excepciones de cosa juzgada y transacción pueden proponerse como dilatorias (artículo 341 del Código Judicial)".

15.—El 5 de septiembre de 1947, decidió el Juzgado, sobre el memorial anterior: "Declárase probada la excepción de transacción propuesta por el demandado".

La parte motiva de dicha providencia considera, en mérito de las diligencias de deslinde, cuyo contenido y antecedentes, se resumieron más arriba, que el señor Benjamín Correa manifestó su conformidad con el deslinde, en vista de que el apoderado de la parte demandada dio su asentimiento, respecto del mismo, en el sentido de aceptar la línea fijada por los peritos; y al apreciar el valor legal de aquella manifestación encontró que equivalía a la transacción prevista en el artículo 2469 del Código Civil. Que el apoderado de los señores Carlos Hincapié y María Antonia Zapata de Hincapié, tenía facultad para transigir. Que la falta de la firma en el acta de la diligencia, del doctor Molina Moreno no quitaba valor a lo expresado en el acta mientras no se demostrara la falsedad en razón de lo dispuesto por el artículo 632 del C. J.

Que con arreglo al artículo 2483 del C. C., la transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia. Y en cuanto a la aceptación que hizo el doctor Molina no es dudoso que implique el ánimo de transigir por cuanto ella originó el que la contraparte hiciera concesión sobre hechos que antes discutía, lo cual se infiere dada la forma condicionada, referida al asentimiento del doctor Molina. Concluye el Juzgado en la siguiente forma:

"De suerte que de no haber existido en el doctor Molina la voluntad de asentir, bien se comprende que la otra parte habría podido adoptar una conducta diferente, lo cual hace ver que no es pertinente desconocer el mérito de los hechos consignados en el acta, sin que en juicio contradictorio se anule o rescinda el acto jurídico, en conformidad a los artículos pertinentes del Título 39 del Libro 4º del C. Civil".

16.—El apoderado de Carlos Hincapié y de María Antonia Zapata de Hincapié interpuso reposición, y en subsidio apelación, contra el auto anterior y el Juzgado en providencia del 30 de octubre de 1947 repuso su propio auto y en su lugar declaró no probada la misma excepción. Para ello tuvo como fundamento que el contrato de transacción, cuando se refiere a inmuebles, debe otorgarse por escritura pública y que en el caso de autos esa escritura no existe. Textualmente dice el pasaje final de la parte motiva:

"Resulta por consiguiente que el instrumento es imperfecto o ineficaz, por falta de una formalidad sustancial, para probar plenamente la transacción, en que se apoyó el apoderado del señor Benjamín Correa para proponer la excepción dilatoria respectiva, razón por la cual deberá declararse no probada".

17.—El juicio siguió su curso y terminó con la sentencia de primera instancia, de fecha 18 de mayo de 1948, declarándose que "los predios de las partes en el juicio de deslinde a que se refiere la oposición, no colindan por interponerse un pasadizo que es bien de uso público. En consecuencia es improcedente el deslinde. No es el caso de hacer y no se hacen las declaraciones principales y subsidiarias en la forma solicitada en el libelo".

La sentencia acusada

Apelado el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior de Medellín desató el recurso con fecha 9 de marzo de 1950 así:

"1º Declárase que los predios, en este juicio de deslinde, no son colindantes;

"2º Declárase que la llamada línea en la diligencia practicada el 11 de mayo de 1946 es errónea, y, por tanto, sin valor alguno, quedando los predios en el estado que antes tenían;

"3º No es el caso de hacer condenación en costas".

Entre los considerandos de la sentencia, es pertinente tomar nota de los que siguen:

"El Juez debió negar la práctica de la diligencia de apeo, pues en los mismos hechos fundamentales del libelo se advierte que los predios lindan con terrenos destinados para calles. Los peritos que intervinieron en dicha diligencia parten de ese mismo supuesto en sus exposiciones, y el Juzgado, al cumplir su cometido, no fijó una línea divisoria, sino que se limitó a amojonar la faja intermedia. (El acta visible a fls. 48 del cuaderno número 1).

"En esta instancia se practicó una nueva pericia, y los expertos declararon unánimemente que los predios no son colindantes, aunque difieren en cuanto a ubicación y área de la faja que separa los terrenos a que se refiere el juicio (v. las exposiciones de fls. 3 a 9 y 14 del cuaderno número 3).

"Todo dueño de un predio, dice el artículo 900 del C. C., tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes. La acción, pues, que por el texto transcrito se consagra, tiene

como presupuesto indispensable la colindancia de los predios, lo que es de sentido común.

"....

"El apoderado de Correa dice, en memorial de 8 de febrero de 1947 (fls. 26), que en la demanda de oposición sólo se tratará de propugnar por determinada línea con preferencia a la fijada por el Juez y que la cuestión de si los predios son o no colindantes, sólo podrá debatirse en el incidente de excepciones dilatorias.

"Esta opinión es equivocada, porque tratándose de un requisito de fondo de la acción, el Juez no puede proferir sentencia definitiva, acogiendo la acción, y señalando, por consiguiente, la línea demarcatoria si los predios no colindan.

"El artículo 870 no circunscribe la acción ordinaria a sustentar determinada línea; preceptúa, en términos generales, que si alguno de los interesados no se conforma con el deslinde en todo o en parte, el punto se ventila en juicio ordinario, en el cual el opositor tiene el carácter de demandante".

"El debate versará, pues, sobre todos los puntos en que la diligencia haya podido tacharse de errónea o inconducente".

El recurso

Lo interpuso el actor en el deslinde y demandado en el juicio ordinario de la oposición, señor Benjamín Correa. El escrito respectivo propone varios cargos de los cuales la Sala se limita a examinar el formulado en la sección segunda del alegato, el cual debe prosperar. Dice el recurrente:

"Causal primera de casación. — Violación de la ley sustantiva. Primer motivo.

"....

"Se trata, señores Magistrados, de la transacción que se celebró por las partes, sobre el terreno mismo de los acontecimientos, el día que se terminó el deslinde o diligencia de apeo de los predios, o sea el 11 de mayo de 1946. Así lo certificó el Juez en el texto mismo del acta que protocoliza esta diligencia judicial, agregando que el consentimiento de las partes sobre los puntos, materia de ese debate especial, llegó a su culminación, luego de algunas discusiones que al efecto se plantearon y que tuvieron o dieron como resultado la aceptación incondicional de las líneas que fijó el Juzgado con fundamento en el dictamen de los expertos Mondragón y Orozco".

Se refiere luego el recurrente a lo que se hizo constar en aquella diligencia y particularmente a que los términos de la transacción en ella contenida fueron ratificados de manera enfática por el funcionario que desempeñaba el Juzgado en la época del deslinde y que más adelante declaró por certificación jurada recibida como prueba en el incidente de excepciones en que se planteó, por la vía que autoriza el artículo 341, del C. J., en su segundo inciso, la excepción de transacción según los particulares que constan en los antecedentes presentados en el primer capítulo de este fallo. Más adelante agrega:

"Quiero... transcribir el siguiente pasaje de la doctrina de la Corte, que considero como el argumento definitivo para llegar a la conclusión de que el contrato de transacción no es, en ningún caso, de los que la ley cataloga como solemnes ni aún en el caso de que él tenga relación con derechos vinculados en bienes raíces. Dice así la Corte sobre este particular: 'Cuando la transacción no constituye nuevo título de dominio sobre bienes raíces, bien puede hacerse constar en documento privado'. (J. Garavito, pág. 654 (sic). Es un hecho que la transacción celebrada entre el señor Benjamín Correa y los señores Hincapié y Zapata de Hincapié no constituye un nuevo título de dominio sobre los bienes raíces a que ella se refirió, y sólo sí determinó la manera de demarcar las líneas divisorias entre los predios colindantes, con el objeto de cancelar definitivamente las diferencias que en ese particular habían surgido entre las partes...

"En el texto de la sentencia que es materia de este recurso no se avocan ninguno de los temas de cuyo análisis me vengo ocupando, ni por consiguiente, el Tribunal se preocupó por el examen de estos tópicos que tienen una entidad de trascendental importancia y que habrían sido de influencia decisiva en el desenlace del problema que se debate. Ni analizó la prueba que arroja el acta de la diligencia de deslinde, en orden a la demostración de la existencia jurídica de la transacción que surge meridiana a la luz, no solamente de la exposición que se ha hecho, sino también de la jurisprudencia reiterada de esa H. Corte, con lo cual el fallador cometió un error de hecho que aparece manifiestamente de los autos, error que llevó al Tribunal a la violación de la ley sustantiva, bajo el concepto de haber infringido varios preceptos legales, y como consecuencia de no haber estimado la prueba que arroja el acta de deslinde en orden a la demostración del contrato de transacción, celebrado en el curso de aquella diligencia.

"Esa excepción que también tiene el carácter de perentoria pudo y debió declararse en el fallo de instancia, ya que las de esta clase pueden declarar-

se establecidas, aún de oficio, máxime como cuando en el caso de autos, estuvieron oportunamente interpuestas.

"Y porque el Tribunal se abstuvo de declarar esa excepción en el fallo recurrido, violó por falta de aplicación, los preceptos contenidos en los artículos 2469, etc. (los de la transacción) del Código Civil; y como consecuencia de la infracción de los textos enunciados, el Tribunal también infringió, en forma indirecta en este caso, el artículo 900 de la misma obra, que consagra el derecho para todo dueño de un predio de que le fijen los linderos con los predios colindantes".

Se considera:

Suponiendo que estuviera acreditado en el proceso un hecho constitutivo de excepción perentoria y que el fallo acusado no lo hubiera tomado en cuenta, habría que admitir el error de hecho evidente que le abre la puerta a la causal primera.

Y no sólo para abrir la puerta a dicha causal, sino para que prospere plenamente, debe estudiarse como cuestión fundamental del pleito, la siguiente: Se pregunta, partiendo de la base de que se propuso como excepción dilatoria, una que pertenece por su naturaleza a la clase de las perentorias, pero que la ley permite alegar por aquella vía, al declararse no probada, mediante auto interlocutorio que le puso término al incidente, ¿dicha providencia será insalvable obstáculo para volver sobre el asunto en el fallo definitivo?

Para la mayoría de la Sala esto se resuelve con arreglo a la conocida doctrina de la de Negocios Generales, que dice así: "El fallo de las excepciones dilatorias que desecha la excepción de cosa juzgada, no impide un segundo pronunciamiento sobre la misma cuestión, pues aquel fallo de carácter interlocutorio, no es cosa juzgada respecto de la sentencia. Como lo dice Ricci: 'Con relación a la cuestión principal, la interlocutoria no puede regularmente constituir cosa juzgada, puesto que la resolución de la misma no puede ser prejuzgada por la del incidente... Y todo porque la interlocutoria, con relación a la cuestión principal, no es más que un medio considerado válido, en el estado respectivo de las cosas, para lograr su fin; de donde se infiere que si ocurre que el medio no sirve, la justicia y la lógica no consienten en que la verdad, fin último del debate judicial, sea sacrificada al medio dispuesto para averiguarla' ". (Sentencia de 22 de octubre de 1943, tomo LVI, pág. 593. Esta doctrina la acogió el fallo de 18 de agosto de 1945, tomo LIX, pág. 551).

Verdad que la jurisprudencia se refirió entonces a la cosa juzgada; pero, como se sabe, el artículo 2483 del Código Civil se encarga de establecer que "La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia". Por ello acertadamente la comisión revisora del Código Judicial redactó el artículo 341, ampliando en ese sentido la regla de la parte final del artículo 482 del antiguo Código.

Las excepciones de transacción y de cosa juzgada, como se ha dicho, pertenecen por su naturaleza a la clase de las perentorias y de ahí que no debieran considerarse sino en la sentencia definitiva por aplicación de la regla general del artículo 342. Con todo, la ley, de manera expresa, admite una reserva o salvedad para aquella norma, atendiendo a dos razones poderosas, a saber: de un lado al principio de economía procesal que impone el que se evite el alargamiento innecesario de los litigios, y de otro, a la eficacia misma de la cosa juzgada.

Por lo primero, es evidente que si existe un medio completo y adecuado para demostrar que no se justifica una nueva discusión, a que se endereza el intento de otro juicio, aquélla puede cortarse de raíz desde antes de la contestación de la demanda. Y como entonces lo que se examina y decide no es la acción misma, sino una cuestión previa, aunque de carácter incidental (para saber de una vez si la acción está enervada), la providencia con que finalice el incidente, aunque interlocutoria, no puede afirmarse, contra la opinión de Ricci, invocado por la jurisprudencia arriba citada, que venga a ser un prejuzgamiento del debate. Conviene observar que no es lo mismo *decidir una cuestión extrajuicio y antes del mismo*, que *prejuzgar*.

Cuando el artículo 341 del C. J. dispone que las excepciones de cosa juzgada y de transacción, procedan también como dilatorias, no obstante ser perentorias, y decidirse de manera previa a la contestación de la demanda, ello no significa que el demandado no se defienda con tales excepciones, si es lo cierto que existen y logra acreditarlas en el curso del juicio; ni que pierda el derecho a ellas, sólo por no haber logrado esquivar la nueva discusión con el incidente; ya sea porque no alcanzó a suministrar la prueba, ya sea pórque las normas legales aplicables hayan sido estimadas equivocadamente, por el poco tiempo de que se dispuso para meditarlas.

No cabe duda de que el fundamento que tuvo el legislador para autorizar la proposición de estas excepciones, en forma de dilatorias, se explica cla-

ramente, como ya se insinuó arriba, tanto por motivos de economía procesal, como porque la misma eficacia de la cosa juzgada, cuyos efectos también produce la transacción, indican que deben agotarse los medios de evitar un nuevo litigio cuya sentencia no podría variar la del primero en que fue pronunciada, o el acuerdo de las partes que le puso término, o buscó evitarlo. (Art. 2469 del C. C.).

Cualquiera que sea el sentido en que se produzca el auto interlocutorio que decide el incidente, es decir, ya sea porque declare probada cualquiera de las excepciones de que se ha tratado, ya sea porque las declare no probadas, es inadmisible sostener como piensa Ricci, que tal decisión del incidente prejuzga lo que sólo debe ser materia de la sentencia.

Más bien debe entenderse que, si el demandado logra suministrar la prueba del hecho en que funda su excepción, se realiza el fin previsto por el legislador, evitando un litigio inútil, y, entonces, el auto interlocutorio tiene fuerza de sentencia, deja el punto terminado; nada queda pendiente, porque la verdad y la justicia se pusieron de manifiesto.

Pero si el demandado no logra suministrar la prueba del hecho, o el Juez se equivoca en la apreciación del mismo, o en la interpretación de la ley que le es aplicable, el auto respectivo al declarar no probada la excepción, nunca tendrá los mismos efectos del que la encuentra probada pues sería contrario a la equidad y a la letra de la ley, considerar que la cuestión quedó definitivamente despachada y que el excepcionante quemó, por decirlo así, su defensa al entregarla a la suerte de la tramitación incidental, que por hipótesis, no impide la continuación del juicio.

Expresa, pues, el artículo 467 del C. J., que los autos interlocutorios sólo tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio. El reverso de esta medalla es tan brillante como su anverso. Porque es claro que si el auto interlocutorio no le pone fin a la instancia y permite la continuación del juicio, puesto que el demandado debe contestar la demanda, lo tramitado en el incidente no vincula al Juez ni a las partes, la excepción queda pendiente y es susceptible de ser declarada en la sentencia, con tal que en el **término probatorio de la** instancia se suministre el medio adecuado que no logró llevarse al incidente, o que el Juez encuentre que su primera apreciación fué equivocada.

En los términos anteriores entiende la Sala que deben interpretarse, de acuerdo con los principios de la sana hermenéutica, las normas de los artículos 337, 341, 342, 466, inciso 2º, 467, 468 y 473 del C. J.

Aclarado lo anterior debe avanzarse en el camino del análisis, pasando al mandato enunciado por el art. 343 de la obra citada. Por tanto, si la transacción en el negocio *sub judice*, se hallare acreditada, ella, como excepción perentoria habrá de ser reconocida y fallarse el pleito en consonancia con la misma, aún en la hipótesis extrema de que no se la hubiera propuesto ni alegado. Pero sinembargo de la amplitud de la norma, como es lo cierto que regularmente, para probar algo, debe alegarse, es lógico averiguar si la excepción de que trata logró vincularse al debate. No hay que olvidar que él versa sobre deslinde, cuyo procedimiento está sometido a una tramitación especial y previa la cual pasa íntegramente al juicio ordinario, cuando las partes se llaman a éste. Allí quedan sometidos todos los puntos de la controversia. En el particular se advierte la siguiente apreciación certera que contiene el fallo acusado: "El art. 870 no circunscribe la acción ordinaria a sustentar determinada línea; preceptúa, en términos generales, que si alguno de los interesados no se conforma con el deslinde en todo o en parte, el punto se ventila en juicio ordinario, en el cual el opositor tiene el carácter de demandante. El debate versará, pues, sobre todos los puntos en que la diligencia haya podido tacharse de errónea o inconducente".

Ahora bien: como la acción y la excepción son inseparables, todo lo que tenga que ver con cualquiera de las dos, forma la materia pertinente de la decisión judicial. ¿Pero de qué manera logró incorporarse al debate el hecho constitutivo de la excepción? No es dudoso que ello se produjo trayendo las actas del deslinde, y por lo demás, basta con que el reo se hubiera valido del medio que le concedía la autorización del 2º inciso del art. 341. De donde se sigue que el recurrente tiene razón cuando pide que el negocio se falle en consonancia con un hecho que aparece en las actas del deslinde objetado, porque allí consta la transacción, sin que obste una providencia desfavorable que no causa estado (Auto del Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, de fecha 30 de octubre de 1947, arriba relacionado en los antecedentes).

Para completar estos considerandos no sería descaminado pensar que de la misma manera que el derecho reconoce excepciones perentorias temporales, también hay excepciones dilatorias perpetuas y que este calificativo les cuadra a la cosa juzgada y a la transacción, en presencia del inciso

2º del artículo 341 del C. J. Procede, pues, examinar si la transacción referida está, o no, probada.

Antes valdrá repetir que, para penetrar en este terreno, la Sala encuentra motivo suficiente en la acusación que se hizo a la sentencia, fundada en error evidente de hecho, en que incurrió por haber dejado de apreciar aquella parte de los autos relativa a la transacción, excepción perentoria por su naturaleza, invocada por el demandado en calidad de dilatoria, aunque entonces sin éxito.

Quizá hubiera sido más técnico acusar con fundamento en la 2ª causal, porque el fallo es incongruente con las pretensiones oportunamente deducidas en el debate. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que, si se encuentra probada en el proceso la excepción alegada por el reo, y el juzgador se abstuvo de considerarla, violó la ley por no aplicar los preceptos citados por el recurrente, porque la excepción de transacción está probada. Y probada en los términos en que la consideró el Juzgado cuando despachó su auto del 5 de septiembre de 1947, diciendo que el acta de 11 de mayo de 1946 contiene un acuerdo válido entre el señor Benjamín Correa y su contraparte, por lo que allí mismo se expresa, y quedó transcrito en el numeral 15 del capítulo de los antecedentes.

En cambio no estuvo acertado ese mismo Juez cuando consideró que aquella transacción, de que dan fe el acta referida, y otras pruebas complementarias producidas en el término del incidente, no es válida porque no se hizo constar en escritura pública; la cual es indispensable para todo acto o contrato relativo a la enajenación o mutación de propiedad de bienes inmuebles. (art. 2577 del C. C.); pues como lo tiene decidido la jurisprudencia, no se requiere la solemnidad de la escritura pública cuando la transacción no constituye nuevo título de dominio: que es precisamente el punto contemplado, porque sólo se limita a aceptar una línea divisoria entre bienes raíces.

Esta equivocada apreciación del Juez lo llevó a desconocer en auto de revista, lo que ya había decidido acertadamente en auto de vista, o sea, según se vió, en el de 5 de septiembre de 1947.

Ni las partes, ni el Juez, ni el Tribunal, volvieron a poner atención en esta materia; sólo a virtud de un nuevo estudio, que de ella se hizo, a través de la demanda de casación, ha habido oportunidad para enmendar aquel error, que condujo a infringir en general los artículos del código civil, que sirven de estructura a la transacción, y especialmente el art. 2483, que dispone que la transacción produce el efecto de cosa juzgada.

No valdría arguír en contra que, por aquel olvido, o sea porque la transacción no fué considerada formalmente en las instancias, es decir, en la tramitación principal del pleito, se tratara de un medio nuevo. Porque lo esencial de éste consiste en que el problema no haya sido sometido en absoluto, a la decisión de los jueces de instancia. Y aquí es claro, por lo que se ha visto, que el punto sí quedó incorporado al debate a través del incidente de excepciones cuya resolución, por no haber sido dictada en sentido positivo, hizo posible la continuación del juicio, dejó pendiente la cuestión de fondo y no tuvo fuerza jurídica para destruírlo. Más claro: el auto del Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, despachado el 30 de octubre de 1947 no tuvo el valor de una sentencia que declarara la nulidad de la transacción, propuesta como medio exceptivo, y que sería lo único que podría desconocerla de acuerdo con la parte final del art. 2483 del C. C. La excepción está acreditada en autos y conforme al art. 343 del C. J. debe fallarse el pleito en consonancia con esa excepción que ha debido reconocerse por estar probada en los autos.

Basta la última recapitulación para motivar el fallo de instancia, que habrá de reemplazar al que se infirma.

Sentencia:

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala B. de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia dictada en este pleito por el Tribunal Superior de Medellín el 9 de marzo de 1950 y FALLA el negocio así:

Primero.—Revócase la sentencia de primera instancia, del Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín dictada el 18 de mayo de 1948;

Segundo. — Declárase probada la excepción de transacción propuesta por la parte demandada;

Tercero.—Téngase como línea divisoria de los predios colindantes, de los que fueron partes en

este juicio, la que fijó el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín en diligencia del 11 de mayo de 1946, cuya acta se firmó el 8 de julio del mismo año, visible a los folios 49 y 50 del C. 1º.

Las copias, tanto de las instancias, como de la casación, son a cargo de la parte constituída por los señores Carlos Hincapié y María Zapata de Hincapié, demandantes en el juicio y opositores en la casación.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo A. Güalberto Rodríguez Peña, con salvamento de voto—**Manuel José Vargas — Hernando Lizarralde,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RODRIGUEZ PEÑA

Al presentar para discusión el proyecto de sentencia con que debía ponerse término a este negocio, tuve la pena de verlo rechazado por la opinión de mis distintguidos colegas de la Sala que no entienden, de qué manera la decisión *incidental* que niega una excepción perentoria (la de transacción en el presente caso) inhibe al sentenciador para poderla considerar nuevamente en el fallo definitivo, máxime cuando, como aquí acontece, el interesado se abstuvo de alegarla dentro del debate de las instancias propiamente dichas, y aducir en ellas elementos probatorios distintos a los calificados dentro de la articulación previa que él mismo suscitó.

De esta suerte, y no habiendo logrado convencerme por las razones con que respaldan su criterio, que persisto en considerar profundamente equivocado, debo exponer a continuación, auncuando no con la amplitud que lo hubiera deseado, las que sirven de apoyo a mi concepto:

Se aduce en primer término y como argumento de autoridad, la doctrina que en caso análogo sentara la Sala de Negocios Generales de la Corte, respaldada por el pensamiento del ilustre Profesor Ricci; pero como el argumento de autoridad no vale exactamente por la jerarquía científica de quien emite el juicio, sino por la superioridad de las razones en que se funda, convenía previamente calificar aquellos fundamentos para decidir si ellos corresponden o no a la conclusión que se deduce, y si pueden prevalecer o no sobre los que se le oponen en contrario. De haberse procedido así, la conclusión de la sentencia habría sido exactamente la contraria. En efecto, se expresa así la Sala:

"El fallo de las excepciones dilatorias que desecha la excepción de cosa juzgada, no impide un segundo pronunciamiento sobre la misma cuestión, pues aquel fallo de carácter interlocutorio, no es cosa juzgada respecto de la sentencia. Como lo dice Ricci: 'Con relación a la cuestión principal, la interlocutoria no puede regularmente constituír cosa juzgada, puesto que la resolución de la misma no puede ser prejuzgada por la del incidente... Y todo porque la interlocutoria, con relación a la cuestión principal, no es más que un medio considerado válido en el estado respectivo de las cosas, para lograr su fin; de donde se infiere que si ocurre que el medio no sirve, la justicia y la lógica no consienten en que la verdad, fin último del debate judicial, sea sacrificada al medio dispuesto para averiguarla'.

Observo ante todo, que según el concepto del ilustre profesor italiano, la dificultad de que el auto interlocutorio puede hacer cosa juzgada respecto de la cuestión principal, no es de carácter absoluto, para todos los casos; ésa es la norma o principio general, que desde luégo puede tener y tiene excepciones, como en nuestro procedimiento lo prevé el artículo 467 del C. J., a cuyo contenido me referiré más adelante, y a las que alude el autor citado cuando dice: "Con relación a la cuestión principal, la interlocutoria no puede *regularmente* constituír cosa juzgada, puesto que (regular y generalmente, agregaría yo) la resolución de la misma no puede ser prejuzgada por el incidente. Y es claro: La noción de incidente conlleva la idea de lo accidental y accesorio al fin propio que se persigue: La acumulación de autos, la competencia, los allanamientos, las nulidades mismas, etc., no son cuestiones que por su naturaleza incidan sobre el derecho principal controvertido, sino más bien, sobre la forma del procedimiento; por ello es apenas elemental decir que las providencias con que tales cuestiones se resuelven, no pueden regularmente constituír cosa juzgada respecto de la principal. Pero si, por excepción, la ley ha permitido que determinados hechos sustantivos, y no simplemente accidentales, puedan ser resueltos previamente a la sentencia, lógicamente hay que reconocerle a esa resolución los efectos consiguientes a la verdad *regularmente* calificada en el proceso, sin limitar sus efectos, como lo ha hecho la mayoría de la Sala, al sentido en que aquella decisión se profiere. ¿Por qué si la transacción se reconoce y declara dentro del incidente, tal pronunciamiento ha de tenerse como verdad indiscutible para el actor que no puede proseguir el juicio ni promover otro nuevo, y si se niega, no ha de tener ese mismo sello de verdad para el demandado que la propuso? ¿Por qué habría la ley de reservar a este último el derecho de que carece el actor para plantear dentro del debate amplísimo del ordinario la cuestión que antes le fué adversamente decidida? ¿Cuál la razón de esta desigualdad jurídica en que

de hecho resultarían colocadas las partes frente a la justicia?

Tratando de contestar estos interrogantes sostiene la sentencia, que cuando el demandado llega a probar en el incidente la excepción que propuso, se logra el fin previsto por la ley, de evitar un litigio inútil, y el auto que lo decide "tiene fuerza de sentencia, deja el punto terminado; nada queda pendiente, porque la verdad y la justicia se pusieron de manifiesto. "Pero si el demandado no logra suministrar la prueba del hecho, o el Juez se equivoca en la apreciación del mismo, o en la interpretación de la ley que le es aplicable, el auto respectivo al declarar no probada la excepción, nunca tendrá los mismos efectos del que la encuentra probada pues sería contrario a la equidad y a la letra de la ley, considerar que la cuestión quedó definitivamente despachada y que el excepcionante quemó, por decirlo así, su defensa al entregarla a la suerte de la tramitación incidental, que por hipótesis, no impide la continuación del juicio".

Para la mayoría de la Sala, pues, habría litigio inútil, si el demandado prueba incidentalmente su excepción; pero no tiene este carácter el que se surte a través del incidente que concluye con decisión adversa para quien lo propuso, porque puede después suscitarlo nuevamente en el curso del juicio; por esto le niega todo efecto a la decisión interlocutoria que aquí se pronunció y que ahora califica en sentido contrario, no siquiera con fundamento en pruebas distintas de las producidas dentro de los respectivos términos del juicio, sino balanceando con criterio opuesto las mismas que ya habían sido desestimadas en el incidente... Yo, no lo entiendo.

Para la mayoría de la Sala cuando el demandado logra probar dentro del incidente su excepción, el auto que así lo resuelve "tiene la fuerza de sentencia, deja el punto terminado; nada queda pendiente, porque la verdad y la justicia se pusieron de manifiesto"; cuando no logra hacerlo, la consecuencia es la contraria, porque entonces la parte ha podido verse en dificultad para suministrar la prueba, o el Juez ha podido equivocarse en su apreciación o en la de las normas legales aplicables al caso. Es decir que, según este criterio, mientras una de las partes goza de libertad para probar o no, la otra se halla en la ineludible obligación de hacerlo so pena de ver su pretensión definitivamente descalificada; el Juez puede equivocarse en la apreciación de los hechos o del derecho cuando falla en contra del demandado, pero es infalible cuando falla a favor suyo... Esto, tampoco lo entiendo.

Y prosigue el fallo: "Expresa pues, el artículo 467 del C. J. que los autos interlocutorios sólo tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio. El reverso de esta medalla es tan brillante como su anverso. Porque es claro que si el auto interlocutorio no le pone fin a la instancia y permite la continuación del juicio, puesto que el demandado debe contestar la demanda, lo tramitado en el incidente no vincula al Juez ni a las partes, la excepción queda pendiente y es susceptible de ser declarada en la sentencia, con tal que en el término probatorio de la instancia se suministre el medio adecuado que no logró llevarse al incidente, o que el Juez encuentre que su primera apreciación fue equivocada".

El contenido del artículo 467 que invoca la sentencia es tan manifiesto, que bien ha podido hasta ofuscar por su claridad. Si un auto interlocutorio le pone término a la instancia porque en él se haya podido resolver sobre el fondo de la cuestión debatida, era apenas elemental que la ley le diera a esa decisión la fuerza de sentencia, porque desatado el punto en litigio no queda nada por resolver. En el caso contrario, y porque el pleito queda sin desatar, es forzoso adelantar el procedimiento para que se resuelva sobre esas cuestiones no falladas, o sea, en casos como el presente, sobre la acción y sobre los medios exceptivos que incidentalmente no podían decidirse; pero no para volver sobre las cuestiones ya resueltas, como con ofuscación de criterio lo sostiene la sentencia, porque es absurdo que en un mismo procedimiento pueda ofrecerse la posibilidad de dos verdades judiciales opuestas. Por esto, reconocida la legitimidad de una jurisdicción o de una personería, no cabe —por disposición expresa de la ley— volver sobre estos temas, *por más que el interesado no haya podido suministrar la prueba del hecho o que el Juez se haya equivocado en la apreciación de ésta o en la del derecho que le es aplicable al punto controvertido.*

Fuéra de lo anterior obran en este caso algunas circunstancias que, a mi juicio, patentizan aún más si cabe, el error de la sentencia, a saber: Que la transacción en ellas reconocida se propuso y decidió adversamente al excepcionante (no como una cuestión *extrajuicio*, según los términos de que se vale el fallo, sino dentro del juicio y como incidente previo a la contestación de la demanda), sin que en el libelo de oposición, ni en la respuesta que se dio, ni en las pruebas y alegatos de instancia, se hubiera hecho la menor alusión a ella para sostenerla, demostrarla o impugnarla. En tales circuns-

tancias, me parece, que la Corte ha resuelto en casación sobre un *hecho nuevo*, y ha fallado en la instancia, *extrapetita*, y al hacerlo, ha violado además el artículo 343 del C. J., que entendió aplicar.

Lo primero, porque como lo ha repetido mil veces la Jurisprudencia, "Si el demandante no menciona los hechos de su petición, el juzgador no puede tomarla en consideración y no es admisible tener como fundamentos de una demanda hechos que el demandante sólo ha debido anunciar al solicitar sus probanzas en el término de prueba. Hechos expuestos en ella y en la contestación, y al proponer las excepciones perentorias es lo que fija el campo del litigio y lo que determina en consecuencia los puntos materia de la decisión del Juez". (Sentencia, octubre 16 de 1924, *Gaceta Judicial*, Tomo XXXI, pág. 71). Luego no habiéndose mencionado esa excepción ni en el libelo de demanda para negar el hecho en que podía fundarse, ni en la contestación para proponerla, ni en el término probatorio para acreditarla, no podía el Tribunal de instancia decidir sobre ella, sin exceder los límites del litigio, ni la Corte considerarla en casación, sin tener que pronunciarse sobre un hecho nuevo de estimación incompatible con la naturaleza del recurso.

Lo segundo, porque de acuerdo con el artículo 343 citado, "Cuando el Juez halla justificados los hechos que constituyen excepción perentoria, aunque ésta no se haya propuesto ni alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la de prescripción, que debe siempre proponerse o alegarse". En el caso de autos los hechos en que se hace consistir la transacción, lejos de estar justificados, se encontraban exprésamente desconocidos a través de una providencia ejecutoriada, que legalmente lo declaró; luego al volver la Corte sobre ellos, ha tenido que leer y entender la disposición en el sentido de que también tiene el Juez aquella facultad oficiosa, cuando el hecho no está justificado, contra lo que literal y expresamente consagra el texto.

Estas, brevemente relacionadas, son las razones que me han llevado a separarme del parecer de mis distinguidos colegas de la Sala.

Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y dos.

Gualberto Rodríguez Peña

EL JUICIO DE DESLINDE ES, POR SU NATURALEZA, SIMPLEMENTE ATRIBUTIVO Y NO DECLARATIVO DE PROPIEDAD NI DE POSESION — LA NULIDAD CONTRACTUAL NO PUEDE DECLARARSE FUERA DE LA INTERVENCION DE LOS MISMOS A QUIENES DICHO ACTO TIENE FORZOSAMENTE QUE AFECTAR

1. Es preciso entender que la causal de casación que se permite interponer por falta de citación o emplazamiento en la forma legal a las personas que han debido ser llamadas al juicio, se refiere a estas personas, con el objeto de que no sean vulnerados sus derechos en un juicio en que no se les ha oído legalmente.

2.—Por su naturaleza, el juicio de deslinde es simplemente atributivo y no declarativo de propiedad ni de posesión. En él no se afecta ni puede afectarse el derecho de dominio, sino que se determina su comprensión respecto de los predios en que respectivamente se ejercita, según los títulos fehacientes aducidos al juicio. "Son exóticas en el juicio de deslinde —ha dicho la Corte— y el Juzgado no debe por consiguiente admitirlas, las acciones incoadas en la demanda de deslinde o en la de contradicción a éste que no tengan por objeto fijar la línea divisoria, o saber si los predios son o no colindantes, o si las partes son dueñas o usufructuarias. En juicio independiente es donde debe ventilarse la cuestión relativa a la prescripción adquisitiva de una parte de la zona por donde debe pasar la línea divisoria de los predios" (Casación de 9 de junio de 1920, G. J., T. 28).

3.—Limitado el alcance del deslinde a establecer LA EXTENSION relativa del derecho real con que a través de su título logra el interesado justificar la procedencia de su acción, resulta completamente extraña a la naturaleza de este juicio, la calificación que en él se pretendiera, de la legitimidad o superioridad de dicho título frente a los que exhiba la otra parte, y que, también por la naturaleza de las cosas, se encuentra reservada a la acción reivindicatoria o de dominio. Como se deduce también que, originado aquel derecho en la precisa calidad de propietario, usufructuario, etc., de quien lo ejercita, la viabilidad de su acción ha de encontrarse subordinada necesariamente a la aparente validez del título con que se le acredita; y que, por lo tanto, al revelarse en su contenido una MANIFIESTA NULIDAD de las que el Juez se halla obligado a declarar de oficio, conforme a lo prevenido por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, no sólo no es improcedente, sino que es forzoso rechazar la acción con base en este fundamento, desde que a la aparente prueba del derecho, se opone la ostensible y manifiesta nulidad de la que se presentó para establecerlo.

Y en cuanto a la posesión, el caso no ofrece soluciones distintas. Las operaciones de apeo o medición de los predios, de señalamiento de la línea o líneas que han de separarlos, o de amojonamiento o fijación de hitos o mojones, sobre las mismas en que se traduce el deslinde, son en su primera etapa, simples actos de jurisdicción voluntaria, dependientes, por lo mismo, de la libre determinación de las partes. "Mientras se ejecutan con el beneplácito o aquiescencia voluntaria de ellas —dice el comentador Porras— no podrá NEGARSELES ese carácter, puesto que si la autoridad judicial interviene, no es como requisito esencial, sino como solemnidad del acto, para que no se ponga en duda su legalidad en lo futuro; pero desde el momento en que alguno de los interesados hace oposición, el deslinde entra necesariamente en el dominio de la jurisdicción contenciosa".

Se explica así la diferencia de procedimiento que respecto de la posesión consagra la ley, según que haya o no conformidad con el deslinde: para "dejar a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada", en el primer caso, o abstenerse de hacerlo, si media oposición. Por lo cual, y subordinada la entrega de zonas a que haya lugar por el deslin-

de, a la aquiescencia o voluntad de los interesados, el alcance del pronunciamiento que se haga en el ordinario, donde apenas se discute, aunque con mayor amplitud, la legitimidad del lindero señalado en el juicio especial, tampoco puede lógicamente traspasar dicha voluntad en cuanto a la posesión se refiere; porque rebasados los límites legales de la acción que, se ha dicho, no es ni puede ser restitutoria en ninguna de sus dos etapas, se llevaría sin embargo al poseedor a dicha restitución, no obstante haber carecido de oportunidad legal para obtener dentro de su trámite ninguna de las declaraciones que podrían originarse en dicho estado, tales como la del dominio por el modo de la usucapión, pago de mejoras, derecho de retención por el importe de ellas, según lo prevenido por el artículo 970 del C. C., etc., y ésto, a más de ser jurídicamente inaceptable también resulta francamente opuesto a la garantía constitucional de que gozan los particulares para controvertir sus derechos a través de las fórmulas propias de cada juicio.

4.—Si el objeto de la nulidad contractual es el de romper el vínculo jurídico formado a través del consentimiento de las partes en la estipulación, y su consecuencia inmediata, la de volver las cosas al estado que tenían anteriormente, se comprende entonces la imposibilidad jurídica de declararla fuéra de la intervención de los mismos a quienes dicho acto tiene forzosamente que afectar.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)-Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

Mediante escritura pública Nº 1751 de 3 de octubre de 1928 de la Notaría Segunda de Manizales, D. Roberto Vélez A. como urbanizador de los terrenos en que proyectaba el Barrio de Versalles, cedió al Municipio, para calles públicas del Barrio, las distintas zonas que allí mismo se determina, con la expresa declaración de que "autoriza el cedente al Municipio para variar las rutas de las carreras cuarta y quinta, con el fin de mejorar las pendientes de estas dos vías, lo mismo que de la carrera segunda en el sector comprendido entre las calles cuarta y quinta, cambio que podrá hacer el Municipio a su arbitrio, mientras el cedente no haya enajenado ninguno de los lotes que están situados a sus orillas".

Algún tiempo atrás el Municipio, en uso de esta autorización, procedió a dar nuevos hitos y niveles para las expresadas calles, con lo cual se modificó no solamente la localización de éstas, sino la de los lotes adyacentes, cuyos dueños vieron disminuída en unas partes y aumentada en otras, el área de sus respectivas propiedades. Estas modificaciones, que el Personero Municipal aprobó en escritura pública Nº 659 de 23 de mayo de 1941, otorgada en la misma Notaría, habían sido reconocidas por los señores Vélez A. y Federico Schindler como dueños de las zonas afectadas, mediante escritura pública Nº 1166 de 23 de diciembre de 1939, otorgada en la Notaría Primera de aquella misma ciudad, por medio de la cual y a objeto de regularizar sus correspondientes lotes, el segundo transfirió al primero, a cambio de una zona triangular en que el desplazamiento de la primitiva carrera quinta aumentaba el área de su propiedad, un lote "constante de seis metros cuarenta y dos centímetros de frente a la actual carrera veintiocho, por cincuenta y dos metros de centro, alinderado así: "Por el sur, con la actual carrera veintiocho; por el norte y oriente, con predio del exponente Federico Schindler; y por el occidente con predio del exponente Roberto Vélez A., quedando el predio de Schindler, en la parte sur de la manzana con una extensión de sesenta y nueve metros con cincuenta y ocho centímetros, sobre la actual carrera veintiocho".

Los lotes de que el señor Schindler era dueño en la expresada urbanización, fueron luego enajenados por éste al doctor Gilberto Alzate Avendaño, quien hubo de quedar así como colindante de Vélez.

Así las cosas, y por cuanto las líneas divisorias no lograron establecerse amistosamente entre las partes, procedió el señor Vélez a demandar al Dr. Alzate Avendaño, a fin de que, previos los trámites del juicio especial respectivo, se decrete el deslinde y amojonamiento de los citados lotes, "a lo largo del costado oriental de mi predio y occidental del predio del demandado", así como también, "por el costado norte del mío y sur del que es del demandado", conforme a la siguiente especificación de linderos:

"Lote de Vélez. "**Por el norte, con predio del doctor Alzate Avendaño**; por el occidente, con el lote Nº 90 del plano de Versalles; por el sur, con

la carrera 28, y **por el oriente, con predio del demandado**, cuyo deslinde pido".

"I.—Lote de Alzate: "Parte del lote 91" en el plano que va adjunto a la escritura que con esta demanda presento, y linda así: Por el sur, con la carrera 28; por el oriente, con lote que pertenece al doctor Gilberto Alzate Avendaño, y en una pequeña extensión, con otro lote, de mi propiedad; por el norte, con un lote que pertenece también al mismo doctor Alzate Avendaño, y **por el occidente, con predio de mi propiedad,** cuyo deslinde por su costado oriental pido en esta demanda".

"II.—Lote Alzate: "Lote designado con el Nº 89 del plano que presento con este escrito, alindado: Por el norte, con la carrera 27; por el occidente, con la calle 49; **por el sur**, el lote Nº 90 de mi propiedad, en una parte y **en otra, más pequeña,** con el lote cuyo deslinde pido por este mismo costado; y por el oriente, con parte del lote 92 de mi propiedad".

Adelantado el juicio de deslinde, a cuya acción se opuso desde el primer momento el doctor Alzate Avendaño, finalizó mediante diligencia de catorce de octubre de 1946, en la que el Juez del conocimiento, que lo era el Tercero del Circuito de Manizales, declaró: Que el lindero oriental que separa el predio del demandante, a que hace referencia la demanda, es la línea que se obtiene trazando una perpendicular de cincuenta y dos metros al paramento o hilo **norte de la carrera** 28, a los sesenta y nueve metros con cincuenta y ocho centímetros del vértice del ángulo que forman los paramentos norte de la carrera 28 y occidental de la calle 50, lugar donde se clavó un mojón de piedra; de aquí en línea perpendicular hacia el norte, se clavó otro mojón que se clavó a los cincuenta y dos metros del primer mojón, quedando así delimitados los respectivos predios por este costado, oriental para el demandante y occidental para el demandado. La línea divisoria entre los dos predios correspondientes al lindero norte del predio del demandante y sur del lote Nº 89 del demandado, es la que va del mojón que se clavó en la línea final de la divisoria anterior cogiendo este mojón después de medir seis metros con cuarenta y dos centímetros y en dirección de oriente a occidente y formando un ángulo de noventa grados con el mojón que sirve de base para terminar la línea anterior y para iniciar la presente.

No conforme el doctor Alzate con estas líneas, se opuso a tal señalamiento, formalizando luégo su oposición para que previos los trámites del juicio ordinario se declare, que las líneas demarcatorias, determinadas por el Juzgado entre los predios de propiedad de mi mandante y el señor Roberto Vélez, no son las que corresponden a los predios colindantes"; y que son nulos los títulos que exhibe el señor Roberto Vélez, declarando la nulidad absoluta del contrato de permuta entre Federico Schindler y Roberto Vélez, el cual consta en la escritura Nº 1939, corrida ante la Notaría Primera de Manizales".

Tramitado el negocio en regular forma, el Juzgado del conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo de treinta de julio de mil novecientos cuarenta y nueve, en el cual negó las peticiones solicitadas en la demanda, y declaró en firme el señalamiento de linderos hecho dentro del juicio especial.

De esta providencia apelaron las dos partes, explicando el apoderado del señor Vélez, que su actitud obedecía al hecho de no haberse ordenado por el Juez "efectuar la diligencia para dejar en posesión a las partes y fijar los mojones definitivos del deslinde". El Tribunal Superior de Manizales desató el recurso en sentencia de once de marzo de mil novecientos cincuenta, confirmando la de primer grado, con la adición de que "al quedar ejecutoriada esta sentencia, por el Juzgado se ponga en posesión a las partes de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea trazada y a los mojones que se fijaron".

Como fundamentos de esta conclusión dice el sentenciador:

"Con relación al recurso de alzada interpuesto por el señor apoderado del demandado en el ordinario, doctor Saffon Buitrato, es evidente que para este recurso existe pleno amparo legal, por disponerlo así terminantemente el artículo 869 del Código Judicial, inciso segundo, que ordena al "Juez dejar a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, si ninguna de ellas se opone". Y como al practicarse la diligencia de deslinde, y determinarse la línea divisoria con los mojones respectivos, por el Juzgado se dispuso no dejar a las partes en posesión de los respectivos predios, por virtud de la oposición presentada, ya definida en sentencia la línea trazada, la posesión debe darse, de acuerdo con la línea señalada a los respectivos dueños de los predios. En este sentido se adicionará la sentencia protestada. Y como en el mismo recurso se invoca que en la sentencia se ordene también fijar los mojones, es el caso de advertir que dichos mojones fueron fijados al trazarse la línea demarcado-

ra, la que, una vez en firme, comprende los mojones que se fijaron durante la diligencia".

Luégo, haciendo suyos los conceptos del Juez de primera instancia, transcribe de dicho fallo, los siguientes apartes:

"Para incoar la acción de deslinde el actor Vélez presentó la primera copia de la escritura número 1116, de 23 de diciembre de 1939, corrida ante el señor Notario 1º de este Circuito, escritura por medio de la cual, transfirió a Vélez y a título de permuta el derecho de dominio sobre un lote de terreno situado en esta ciudad en la manzana comprendida entre las calles primera y segunda (hoy calles cuarenta y nueve a cincuenta) y las carreras cuarta y quinta (hoy carreras veintisiete y veintiocho", constante de seis metros cuarenta y dos centímetros de frente a la actual carrera veintiocho, por cincuenta y dos metros de centro, alinderado así: "Por el sur, con la actual carrera veintiocho; por el norte y oriente, con predio del exponente Federico Schindler y por el occidente, con predio del exponente Roberto Vélez A., quedando el predio de Schindler en la parte sur de la manzana con una extensión de sesenta y nueve metros cincuenta y ocho centímetros sobre la actual carrera veintiocho". El señor Schindler explicó en la escritura que el lote que transfería lo había obtenido, en mayor extensión, por compra a Huth. & Co.

"Por este mismo acto Vélez le transfirió a Schindler: un lote en la misma manzana de que se ha hablado de forma triangular, alinderado así: "Por el sur, que es la base, con la actual carrera veintiocho; por el occidente, que es la altura, con predio del compareciente Vélez A. y por otro lado con predio del compareciente Schindler".

"Se explica en el instrumento a que nos venimos refiriendo que este último lote se formó de la siguiente manera: Que el Municipio de Manizales, al dar hilos en dicha manzana (la que ya conocemos) alteró los planos, haciendo entre otras cosas lo siguiente: a) La dirección de la carrera 4ª la cambió en el sentido de ocupar parte de los predios de los comparecientes principiando la ocupación en el predio de Schindler en el cruce de la carrera cuarta con la calle segunda en un punto, terminado en el primer lote del mismo en línea recta en una faja de un metro seis centímetros de centro, y continuando dicha línea recta hasta encontrar la calle primera. b) La calle dos la disminuyó en dos metros con cuarenta centímetros dejándola de una extensión de setenta y seis metros y dirigiendo la carrera quinta en línea perpendicular, a dicha calle segunda, con lo cual quedó modificado el plano en dicha carrera quinta, cercenando en parte el predio del exponente Schindler y aumentándolo en parte; aumentando en parte el predio del exponente Vélez A. y cercenando en parte el predio que Vélez A. tiene al frente de la misma carrera quinta. El predio del exponente Schindler en la parte sur, lo aumentó en el triángulo que dá frente a la carrera quinta, con una base de sesenta y seis metros, poco más o menos, por una altura, al occidente, de quince metros sesenta centímetros, poco más o menos.

"En la cláusula tercera del instrumento se dice textualmente: 'Que los exponentes expresamente convienen en aceptar los cambios que el Municipio hizo en las dichas carreras cuarta y quinta, y en la calle segunda, de acuerdo con el plano que firmado por ambas partes se agrega al protocolo, donde aparece dibujado con líneas de puntos la dirección anterior de las carreras, y con líneas continuadas la dirección actual'.

'En la diligencia de deslinde se tuvo en cuenta un hecho del que no existe constancia escrituraria en el expediente, pero que reconoce el demandado, o sea que el lote del señor Schindler, efectuada la permuta, es decir el lote o globo que le quedó a dicho señor, pasó después a poder del doctor Gilberto Alzate Avendaño.

"Ahora bien: en la citada escritura de permuta se dijo que el lote de Schindler quedaba con una extensión, en la parte sur de la manzana, de sesenta y nueve metros cincuenta y ocho centímetros. Esa la razón que explica la siguiente parte de la resolución del Juzgado, o mejor de la motivación hecha en la última acta de la diligencia de deslinde (fls. 31 vto. c. p. del juicio de "Deslinde"). "Se localizó sobre el terreno el vértice del ángulo que forman los paramentos de las carreras 28 y la calle 50. Por dificultades sobre el terreno para seguir el paramento de la carrera 28 se trazó una línea paralela a un metro de distancia de éste y sobre ella se midieron sesenta y nueve metros con cincuenta y ocho centímetros (69.58) en donde se dejó una estaca con puntilla que naturalmente queda a un metro de distancia del paramento norte de la carrera 28"; en el último día, el Juzgado recuperó este metro de que se habla y clavó un mojón en este punto "quedando así subsanada la línea que por razones técnicas tomaron los peritos un metro más allá del paramento real" (fl. 41 vto. del cuaderno citado atrás).

"En la misma escritura de permuta se dice que Schindler le transfiere a Vélez... un lote situa-

do en la expresada manzana, **en la parte sur,** constante de seis metros cuarenta y dos centímetros de frente a la actual carrera veintiocho por cincuenta y dos metros de centro. Las dimensiones que aquí se mencionan fueron tomadas en cuenta; esta última, o sea la de 52 metros para deslindar la línea oriental para el demandante y occidental para el demandado y la primera de 6 metros con 42 centímetros para deslindar la parte norte del predio del demandante y sur del lote Nº 89 de propiedad del demandado (Se entiende que cuando se habla de demandante y demandado se hace relación al juicio de deslinde).

"Puede decirse que los expertos y el Juzgado, para tirar la línea o líneas que imponía el deslinde obraron con exactitud matemática, de acuerdo, se entiende, con los títulos presentados.

"La acción de deslinde compete a quien tiene el dominio u otro derecho real principal (C. J. artículo 862); de modo que la personería arranca de la titularidad de esos derechos. Por eso, a quien ejercita la acción de deslinde, como dueño de un predio para comprobar su dominio, **le basta presentar un título que en sí mismo acredite ese dominio,** ha dicho la Corte (G. J. 1940 pág. 48).

"El señor Vélez trajo a los autos un título que por sí mismo acredita ese dominio que alega (arts. 764, 765 y 769 del C. C.).

"El doctor Alzate Avendaño ha hecho reclamación concreta contra las líneas divisorias de los predios, que el Juzgado trazó atacando el concepto y razones técnicas de los peritos. Porque en el juicio ordinario que surgió como consecuencia del de deslinde, aunque se imploró en forma poco afirmativa la declaratoria de que tales líneas "no son las que corresponden", no se señaló qué línea consideraba como verdadera, en defecto de ella y no hubo tampoco contradicción probatoria sobre el hecho de si las fijadas por el Juzgado tenían fundamento o no.

"Para que el Juzgado pudiera variar tales líneas era necesario que en este juicio se le hubiera probado en forma plena y completa que otras líneas y no las fijadas eran las verdaderas. Ello no se hizo y ésta la razón para no dejar que prospere la primera declaratoria suplicada.

"La segunda súplica consiste en que el Juzgado declare nulidad absoluta del contrato de permuta celebrado entre el señor Schindler y el señor Vélez A. y se alegan como apoyo de ellas las normas que rigen entre nosotros sobre la declaratoria que el Juez puede hacer aún de oficio, cuando encuentra que determinado acto o contrato está afectado con tal vicio.

"Para resolver sobre esta súplica se observa:

"En los juicios ordinarios que se inician como consecuencia de la oposición a toda o parte de la línea o líneas divisorias fijadas por el Juez que conoce el deslinde, **no puede contemplarse otro extremo ni fallarse otra cuestión sino la relacionada con la fijación que hizo el Juez, para estudiar y resolver si ella se ajusta o no a las pruebas presentadas por las partes. Cualquiera otra cuestión es extraña al juicio y no puede resolverse dentro de él".** (G. J. LV, pág. 608). Mirada por este aspecto, tenemos que al formularla, se hizo una indebida acumulación de acciones.

"Aún admitiendo que la acción de nulidad es acumulable a la de impugnación de la línea divisoria fijada en un deslinde, tampoco sería posible admitir su prosperidad en la forma que se hizo, pues en el contrato, cuya nulidad se alega fué parte el señor Schindler, quien no ha sido oído en el presente juicio.

"En juicio similar al que aquí se falla, dijo la H. Corte: 'De todos modos, y aún en el supuesto de poder admitir como fundamentos todos los razonamientos que hace el recurrente con el propósito de demostrar que si se enajenó por la escritura... **un bien de uso público,** seguirá en pie la otra razón —no impugnada por el recurrente— que adujo el Tribunal para negarse a declarar nulo el contrato en referencia: la de que no habiendo sido demandados ni citados al juicio todos los que en el precitado contrato intervinieron, era imposible hacer una declaratoria sobre nulidad de él, que a todos afectaba'.

"No está por demás advertir a este propósito que si bien es cierto que, por aplicación del principio sobre declaración de oficio de las nulidades absolutas, puede el fallador, para los efectos del juicio en que ello ocurra, desestimar un acto o contrato presentado como prueba o como fuente de una obligación, cuyo cumplimiento se persigue cuando la nulidad aparece de manifiesto, no es menos cierto que para que pueda prosperar, como acción o excepción específicamente deducida, una petición de nulidad erga omnes como la formulada por el demandante, se requerirá de todos modos citación y audiencia de todos y cada uno de los contratantes".

Contra esta providencia recurrió en casación el señor apoderado del opositor demandante, quien dentro de la oportunidad debida formalizó su demanda con base en los siguientes cargos:

"Primero: Por infracción directa.

El Tribunal al negar la declaratoria de nulidad absoluta del "título" presentado por el demandado señor Roberto Vélez, infringió el artículo 2º de la ley 50 de 1936 que perentoriamente ordena: "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asímismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por ratificación de las partes, y en todo caso por prescripción extraordinaria".

"...El contrato de permuta consignado en la escritura 1166 de 23 de diciembre de 1939, en el cual el señor Vélez dijo fundamentar su dominio, se encuentra exento absolutamente de validez por **ilicitud del objeto.**

"A sabiendas de que un triángulo territorial pertenecía a una calle pública, el señor Vélez le transfirió esa superficie al señor Schindler, a título de permuta, recibiendo en cambio el lote cuyo deslinde y amojonamiento pide ahora. Posteriormente el señor Schindler me hizo venta de una casa y varios predios contiguos inclusive el triángulo referido.

"Los mismos comparecientes, en escritura adjunta al libelo, declaran que el Municipio de Manizales, al dar hilos a la manzana, alteró de hecho los planos protocolizados de Versalles y cambió la dirección o rumbo magnético de las calles ocupando parcialmente los predios de ambos y "aumentando" los mismos con la superficie de las primitivas vías. Ese nudo cambio se hizo sin ninguna de las formalidades legales. Entonces el señor Vélez so pretexto de que la variante cercenaba o afectaba un lote suyo, se reputó a sí mismo, sin más trámites, dueño del perímetro de la antigua calle pública al permutar con el señor Schindler una porción triangular de ella".

El artículo 1521 del C. C. establece que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio; y los artículos 1740 y 1741 de la misma obra, hacen absolutamente nulo el contrato que recae sobre objeto ilícito. Luego correspondía al sentenciador de instancia dictar dicha nulidad.

Ni cabe sostenerse como fundamento en contrario, según lo declara el Tribunal, la consideración de que en el juicio de deslinle, no puede contemplarse otro extremo que el relacionado con la fijación de la línea divisoria para verificar si ella se ajusta o no a las pruebas aducidas por las partes "eliminando del debate el origen mismo de la acción, así se encuentre afectado de nulidad", pues que éste a más de ser contrario a la equidad, implica una errónea interpretación del artículo 870 del C. J., que en parte alguna contrae el juicio ordinario a la controversia sobre las líneas divisorias, con exclusión del derecho a excepcionar que le anota el demandado.

Segundo. Por error de derecho.

Al ordenar la sentencia dejar a las partes en posesión de los respectivos predios, con arreglo a las líneas señaladas, violó por interpretación errónea, el artículo 869 del C. J. para privar al poseedor de un derecho que sólo puede ser controvertido a través de la acción reivindicatoria de que tratan los artículos 946 y s. s. del C. C.

De acuerdo con el citado artículo 869, hecho el señalamiento de linderos, "el juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, si ninguna de ellas se opone".

"En ninguna forma el Juez puede 'otorgar', 'conceder', 'poner', o 'dar', dentro del juicio de deslinde, una posesión de que se carece o que se reputa inexistente. El término 'dejar' empleado en el artículo 869 supone la preexistencia de esa posesión".

Ni puede tampoco dejar esa posesión, "con arreglo a la línea fijada" sino cuando las partes se muestran conformes, ya que la oposición hecha por una de ellas "implica un debate sobre dominio", que no puede dirimirse tampoco en el juicio ordinario de oposición, como equivocadamente estima el Tribunal, porque el artículo 870 del C. J. circunscribe el debate a satisfacer las tachas del deslinde"; y en el presente caso el opositor controvierte ese estado de posesión "debido a que viene poseyendo dicho inmueble, por espacio de doce años con ánimo de señor y dueño", según lo ha acreditado en los autos.

De otro lado, el deslinde que aquí se ha efectuado comprende zonas de uso público que no pueden ser cerradas o cercadas, como lo establece el artículo 338 del Código Político y Municipal, que la sentencia viola por error de derecho.

Por último la sentencia incurrió en error de derecho, "al omitir la estimación del artículo 866 del C. J.", por cuanto comprobado el derecho de dominio de la Nación sobre las zonas que se habían destinado para vías públicas, la demanda tenía que dirigirse también contra dicha entidad, y no exclusivamente contra quien posee la zona que se ha reputado como colindante.

Tercero.—Por error de hecho, "en el análisis y estimación de las pruebas de titularidad", y sobre las cuales fundaron los peritos el concepto que el Juzgado acogió "porque es claro de toda evidencia que los expertos se atuvieron exclusivamente al título írrito presentado por el señor Vélez con su demanda, menospreciando el título idóneo constituído en la escritura pública 1751 de 3 de diciembre de 1928, en que quedaban damarcadas las zonas públicas formadas por las fajas que el demandante había cedido a la Nación. La desestimación de esta prueba constituye un vicio fundamental en el proferido de apeo. Porque si como lo indica el artículo 869 del C. J. en su inciso primero, es requisito indispensable al señalamiento de las líneas la imposición del Juez y los peritos de los títulos aportados al juicio para que sirvan de base a las determinaciones especiales que han de adoptarse en la actuación, no cabe duda de que la falta de consideración de la escritura de cesión predicha engendra una invalidez en la diligencia, pues de su sola lectura se colige que las líneas trazadas difieren sustancialmente de la cabida real que a los predios y calles colindantes corresponde dentro de los títulos".

Cuarto.—Nulidades absolutas.

Bajo el anterior epígrafe propone el recurrente como cargos los dos siguientes:

a) **Ilegitimidad sustantiva de personería** "del demandante en el juicio especial de deslinde y demandado en el juicio ordinario cuya sentencia va a casarse". Porque de acuerdo con el artículo 862 del C. J., la acción de deslinde está subordinada a la doble calidad de dueño y poseedor regular en quien la ejercita; y el señor Vélez no demostró ninguna de las dos, por cuanto el título de dominio en que se ampara es absolutamente nulo por ilicitud en el objeto, según lo demostrado anteriormente; y ese hecho fué además expresamente reconocido por los otorgantes, en la escritura, lo que descarta la buena fe, que es elemento esencial a la posesión regular;

b) "La ausencia de emplazamiento a la Nación demostrada a través de la demanda, afecta notoriamente el pronunciamiento.

"Por lo dicho en esta demanda, pido la casación de la sentencia del Tribunal de Manizales, y la declaración expresa de la nulidad de lo actuado y en subsidio, la revocatoria del otorgamiento de la posesión".

La Sala considera:

Para proceder en orden lógico se entra a examinar en primer término el cargo relacionado con la falta de citación o emplazamiento de la Nación de que trata la demanda en el último de sus capítulos, a efecto de considerar luego los restantes.

No está demostrado que la Nación, sea o haya sido dueña en tiempo alguno de todo o parte de las zonas que el demandante señor Vélez adquirió a Schindler, y con cuyo título legitimó aquél su personería para el deslinde; ni las nulidades que por este concepto se producen pueden ser alegadas, sino por quien tiene interés en ello:

"Es preciso entender, dijo la Corte en sentencia de 11 de junio de 1934, que la causal de casación que se permite interponer por falta de citación o emplazamiento en la forma legal a las personas que han debido ser llamadas al juicio, se refiere a estas personas, con el objeto de que no sean vulnerados sus derechos en un juicio en que no se les ha oído legalmente.

"De acuerdo con estos principios decía el antiguo Código Judicial, artículo 136 de la ley 105 de 1890: "Tienen derecho a pedir la reposición de lo actuado.

"3º—En la nulidad por falta de la notificación de la demanda o mandamiento de pago, el demandado o ejecutado.

"4º—En la nulidad por falta de emplazamiento y citación en los concursos de acreedores, el acreedor o acreedores o el deudor que no hayan sido citados".

"En el Código actual, aunque se suprimió por innecesaria la determinación de las personas que podían pedir la reposición de lo actuado, o sea la nulidad en los distintos casos previstos por la ley, siempre se habla de la parte que tiene derecho a pedir la reposición de lo actuado. Artículo 455.

"En el artícuo 456 se expresa que en cualquier estado del juicio antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren las nulidades de que trata el capítulo a que el artículo pertenece. Y agrega el artículo 457: 'No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, la parte que no fué legalmente notificada o emplazada o no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir por vía ordinaria que se declare la nulidad de éste (por la vía ordinaria) o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia'.

"Lo que quiere decir que esa parte, en guarda de sus derechos, es la que tiene este recurso cuando no alegó la nulidad en el juicio o fracasó en sus pretensiones, tanto más cuanto en la exposición de motivos los autores del Código vigente expusieron que habían acogido, en cuanto a nulidades de pro-

cedimiento el sistema del Código derogado" (G. J. Nº 1895, pág. 57).

El cargo es pues, infundado, y debe rechazarse.

Los cargos restantes descansan todos ellos, sobre el mismo fundamento o sea, sobre el criterio equivocado, a juicio del recurrente, acerca de cómo en la sentencia se estima la naturaleza y finalidades propias del juicio de deslinde y del ordinario que en él se origina, relativamente a las calidades de dueño y poseedor que ha de establecer, quien ejercita una de estas acciones. La Sala procede en consecuencia a examinar este aspecto fundamental de la cuestión, para del resultado de este análisis concluir, la viabilidad o improcedencia de cada uno de dichos cargos.

Por su naturaleza el juicio de deslinde es simplemente atributivo y no declarativo de propiedad ni de posesión. En él no se afecta ni puede afectarse el derecho de dominio, sino que se determina su comprensión respecto de los predios en que respectivamente se ejercita, según los títulos y pruebas fehacientes aducidas al juicio. "Son exóticas en el juicio de deslinde —ha dicho la Corte— y el Juzgado no debe por consiguiente admitirlas, las acciones incoadas en la demanda de deslinde o en la de contradicción a éste que no tengan por objeto fijar la línea divisoria, o saber si los predios son o no colindantes, o si las partes son dueñas o usufructuarias. En juicio independiente es donde debe ventilarse la cuestión relativa a la prescripción adquisitiva de una parte de la zona por donde debe pasar la línea divisoria de los predios" (Casación, junio 9 de 1920. G. J. XXVIII).

"En este concepto, dice el conocido comentador de nuestra legislación procesal, don Demetrio Porras, y apoyados en este criterio, los autores sostienen que el deslinde es tan sólo la determinación de un **hecho** y no el reconocimiento de un **derecho** que no dá ni quita la propiedad; que deja intacta toda cuestión de posesión y de dominio; que sólo sirve, lo mismo que el amojonamiento, para el fin a que se dirigen, tanto aquélla como esta operación, es decir, para aclarar la división y los linderos, para evitar que desaparezcan o confundan los antiguos, y prevenir los pleitos. Manresa y Reus dicen a este respecto: 'Podrá el deslinde constituír un estado posesorio; podrá también servir de justo título para la prescripción si continúa la posesión de buena fe por el tiempo que la ley exige; pero el deslinde por sí solo, no dá ni quita derechos" (Práctica Forense, tomo 3º pág. 258).

De lo anteriormente expuesto se deduce, que limitado el alcance del deslinde a establecer **la extensión** relativa del derecho real con que a través de su título logra el interesado justificar la procedencia de su acción, resulta completamente extraña a la naturaleza de este juicio, la calificación que en él se pretendiera, de la legitimidad o superioridad de dicho título frente a los que exhiba la otra parte, y que, también por la naturaleza de las cosas, se encuentra reservada a la acción reivindicatoria o de dominio. Como se deduce también que, originado aquel derecho en la precisa calidad de propietario, usufructuario, etc., de quien lo ejercita, la viabilidad de su acción ha de encontrarse subordinada necesariamente a la aparente validez del título con que se le acredita; y que, por lo tanto, al revelarse en su contenido una **manifiesta nulidad** de las que el Juez se halla obligado a declarar de oficio, conforme a lo prevenido por el artículo 2º de la ley 50 de 1936, no sólo no es improcedente, sino que es forzoso rechazar la acción con base en este fundamento, desde que a la aparente prueba del derecho, se opone la ostensible y manifiesta nulidad de la que se presentó para establecerlo.

Y en cuanto a la posesión, el caso no ofrece soluciones distintas. Las operaciones de apeo o medición de los predios, de señalamiento de la línea o líneas que han de separarlos, o de amojonamiento o fijación de hitos o mojones, sobre las mismas en que se traduce el deslinde, son en su primera etapa, simples actos de jurisdicción voluntaria, dependientes por lo mismo, de la libre determinación de las partes. "Mientras se ejecutan con el beneplácito o aquiescencia voluntaria de ellas, —dice el comentador Porras— no podrá **negárseles** ese carácter, puesto que si la autoridad judicial interviene no es como requisito esencial, sino como solemnidad de acto, para que no se ponga en duda su legalidad en lo futuro; pero desde el momento en que alguno de los interesados hace oposición, el deslinde entra necesariamente en el dominio de la jurisdicción contenciosa".

Se explica así la diferencia de procedimiento que respecto de la posesión consagra la ley, según que haya o no conformidad con el deslinde: para "dejar a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada", en el primer caso, o abstenerse de hacerlo, si media oposición. Por lo cual, y subordinada la entrega de zonas a que haya lugar por el deslinde, a la aquiescencia o voluntad de los interesados, el alcance del pronunciamiento que se haga en el ordinario, donde apenas se discute, aunque con mayor am-

plitud, la legitimidad del lindero señalado en el juicio especial, tampoco puede lógicamente traspasar dicha voluntad en cuanto a la posesión se refiere; porque rebasados los límites legales de la acción que, se ha dicho, no es ni puede ser restitutoria en ninguna de sus dos etapas, se llevaría sin embargo al poseedor a dicha restitución, no obstante haber carecido de oportunidad legal para obtener dentro de su trámite ninguna de las declaraciones que podrían originarse en dicho estado, tales como la del dominio por el modo de la usucapión, pago de mejoras, derecho de retención por el importe de ellas, según lo prevenido por el artículo 970 del C. C. etc. y ésto, a más de ser jurídicamente inaceptable, también resulta francamente opuesto a la garantía constitucional de que gozan los particulares para controvertir sus derechos a través de las fórmulas propias de cada juicio.

Aplicados estos principios al presente juicio, sería el caso de reconocer el primero de los cargos propuestos contra la sentencia del Tribunal si la aprobación de las líneas divisorias señaladas en el deslinde descansara tan sólo en el concepto equivocado, de no ser conforme con la naturaleza de este juicio, la descalificación oficiosa del título por razón de nulidades absolutas que aparecen de manifiesto en su contenido. Pero sucede que, además de esta consideración tuvo en cuenta que "aún admitiendo que la acción de nulidad es acumulable a la de impugnación de la línea divisoria fijada en un deslinde, tampoco sería posible admitir su prosperidad en la forma que se hizo, pues en el contrato cuya nulidad se alega fué parte el señor Schindler, quien no ha sido oído en el presente juicio". Y este fundamento, a más de no haberse hecho objeto de ataque alguno en casación, resulta absolutamente inobjetable, frente a la situación de hecho que aquí se contempla, y al concepto como ella ha sido apreciada por la doctrina jurisprudencial uniforme del país. En efecto:

El título inmediato del dominio invocado por Vélez como base del deslinde, y a que se refiere la nulidad sostenida por el opositor doctor Alzate, consiste, según se ha visto, en la escritura pública Nº 1166 de 23 de diciembre de 1939, otorgada en la Notaría Primera de Medellín, por melio de la cual adquirió el primero de don Federico Schindler, el inmueble que es materia del deslinde. Y los juicios, tanto el especial como el ordinario de que ahora conoce la Corte, se suscitaron y siguieron, no precisamente entre los otorgantes de aquel instrumento, sino entre uno de ellos —el señor Vélez— y el doctor Alzate, que ni fué parte en dicha estipulación, ni representa por concepto alguno el interés jurídico que en ella corresdonde al otro contratante, señor Schindler, quien, por lo tanto, resulta completamente extraño a la controversia. Pero si el objeto de la nulidad contractual es el de romper el vínculo jurídico formado a través del consentimiento de las partes en la estipulación, y su consecuencia inmediata, la de volver las cosas al estado que tenían anteriormente, se comprende entonces la imposibilidad jurídica de declararla fuéra de la intervención de los mismos a quienes dicho acto tiene forzosamente que afectar; en este caso, sin audiencia del señor Schindler, causante inmediato de Vélez en el dominio por él invocado.

"La acción de nulidad de un contrato, ha dicho la Corte, 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 o 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 (VI, pág. 291 Nº 5455).

Y en sentencia de 26 de agosto de 1936, agrega ésta misma, otro concepto, que por la aplicación concreta que tiene para el caso de autos, vale la pena recordar:

"Pero hay otro aspecto quizá de más trascendencia, que el anterior: Una nulidad absoluta y de la clase a que se refieren los artículos 15 y 2º citados, es decir manifiesta, en el sentido ya expresado, no puede declararse de oficio sino cuando entre las partes contratantes se está litigando sobre la efectividad o el cumplimiento del contrato y entonces como por un principio general de orden público los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, el fallador niega esa vinculación por medio de la declaratoria oficiosa de nulidad. Quiere ésto decir

que ni el artículo 15 de la ley 95 de 1890 ni el 2º de la ley 50 de 1936 son de una aplicabilidad irrestricta e ilimitada.

"No estando en este juicio litigando las partes contratantes sobre la efectividad de su contrato ni sobre las prestaciones que emanan de él, era impertinente la declaratoria de nulidad que dedujo el Tribunal, y más impertinente aún, si se tiene en cuenta que aunque pudiera haber una cláusula que fuera absolutamente nula, en el caso presente es accesoria y no de la naturaleza del contrato de compraventa; luego esa nulidad no podía trascender ni afectar todo el pacto" (G. J. Nº 1940 pág. 62).

Así las cosas, y dentro del supuesto —no examinado por el sentenciador de instancia— de que la nulidad alegada apareciere de manifiesto en el contrato, porque la ilicitud de objeto en la enajenación de calles públicas recaiga no sólo sobre las zonas afectadas actualmente al servicio, sino también sobre las que apenas han sido destinadas a él, y porque la prohibición deba extenderse lo mismo a la entidad pública en quien radica el dominio de la zona que a los terceros que válidamente pueden hasta vender cosa ajena, no cabe sinembargo concluírse la violación de ley sustantiva que pretende el recurrente, ni invalidarse la sentencia con base en los cargos resultantes del aspecto fundamental que se deja analizado.

No sucede lo propio respecto del que se funda en el concepto de ser la sentencia violatoria de los artículos 946 y s. s. del C. C. por error de derecho en la interpretación de los artículos 869 y 870 del C. J. Porque según lo evidenciado en los autos, el demandado en el deslinde doctor Alzate no sólo se opuso al señalamiento de la línea en el acto en que ésta se fijó, sino que además alegó y acreditó a través del juicio, un estado de posesión que le permitió el planteamiento de determinadas mejoras, dentro de la zona afectada por el deslinde. Luego si en consonancia con lo expuesto anteriormente, el principio que sobre entrega consagra el artículo 869 sólo tiene aplicación en el caso de conformidad de las partes con el deslinde necesario es aceptar la errónea interpretación de este precepto por el Tribunal y como consecuencia la violación de los artículos 946 y ss. del C. C que determinan las acciones y derechos del dueño y de quien como poseedor se reputare tal, los cuales resultan vulnerados a través de la entrega que contra la aquiescencia de una de las partes en el deslinde, ordena aquella providencia.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, la sentencia que es objeto del recurso debe ser sólo parcialmente invalidada, en cuanto por ella se dispuso poner a las partes en posesión de sus respectivos lotes, en conformidad con la línea señalada, y mantenerse en lo demás.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley CASA parcialmente la sentencia de fecha once (11) de marzo de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este negocio, en cuanto, adicionando la de primer grado, dispuso que "al quedar ejecutoriada esta sentencia, por el Juzgado se ponga en posesión de las partes de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea trazada y a los mojones que se fijaron"; y la deja subsistente en lo demás.

No hay costas en el recurso.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas, con salvamento de voto. — **Hernando Lizarralde**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. MANUEL JOSE VARGAS

Con el natural temor de errar, me permito disentir de la tesis sentada en el anterior fallo por mis Honorables Colegas de Sala, con respecto a la interpretación dada al artículo 869 del C. J. y sobre algunos de los conceptos emitidos sobre los fines y alcances de la acción de deslinde que reglamenta el Título XXVI del Libro II del Código Procesal Civil.

Considera la Sala que "el principio que sobre entrega consagra el artículo 869 sólo tiene aplicación en el caso de conformidad de las partes con el deslinde"; es decir, que trasladado el Juez, con su Secretario y los peritos, al sitio disputado, impuesto de los documentos presentados por las partes y de los que éstos exhiban en el acto de la diligencia, recibidas las declaraciones y oído el dictamen pericial, **señala los linderos y hace poner mojones en los lugares en que ello sea necesario para marcar ostensiblemente la línea divisoria.** "Hecho ésto, continúa el artículo, **el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, si ninguna de ellas se opone".**

La mayoría de la Sala sostiene que en caso de oposición, en la sentencia definitiva que la decida, ya no cabe proceder como lo dispone el inciso 2º del artículo 869 nombrado, sino que el sentenciador debe limitarse a señalar la línea de demarcación de las dos heredades de cuyo deslinde se trata. Consecuencialmente, para obtener la posesión el que en la delimitación ha obtenido una zona que le arrebataba su vecino, debe promover, si quiere entrar en el goce de ella, un juicio de reivindicación y así tendríamos que, cuando por desaveniencia de linderos entre predios colindantes, se intenta un juicio para establecer que nuestro predio, en su extensión territorial, abarca una parte que ocupa el vecino, si la línea nos es favorable y se opone el perdidoso, como es lo corriente, para lograr nosotros la posesión, se necesitarían estos juicios: el especial de deslinde, el ordinario de oposición al mismo y el de reivindicación, lo que hace interminable la efectividad del derecho.

Me atrevo a pensar que, si la oposición es simplemente a la línea marcada por el Juzgado y no se ha alegado la prescripción adquisitiva del dominio o el derecho de retención por mejoras, el juicio de contradicción al deslinde debe terminar con la diligencia de "dejar a las partes en posesión de los respectivos terrenos", conforme al inciso 2º del artículo 869 citado.

Cuando se ha hecho oposición en orden a discutir el contenido especial de los títulos, cuando se controvierte la mera cuestión geográfica, terminado el respectivo juicio ordinario, el Juez, como en el caso del juicio especial, deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, y ésto, por cuanto la oposición o disconformidad con la línea señalada en el juicio especial, sólo se limitaba al deslinde practicado.

Si la oposición no ha tenido ningún efecto, si no pudo demostrarse el error en la diligencia, o la indebida apreciación de los títulos, por qué va a cambiar la situación jurídica del perdidoso, simplemente porque se opuso a la línea acordada por el Juez; y si se cambió la línea porque se presentaron nuevos elementos de juicio, o el Juez había errado en el especial, ¿qué inconveniente de orden legal habría para que cada uno de los dueños de los predios colindantes entrara en posesión de lo que el nuevo fallo le reconoce?

Cosa muy distinta sería, si en el acto de dejar a las partes en posesión de los respectivos terrenos, el perdidoso, la parte a quien el deslinde le disgrega una zona de terreno que sus títulos no le cubren, alega o se opone a la entrega, porque en la zona discutida tiene mejoras que no se le pueden arrebatar, o se opone, porque la misma zona le pertenece, no por el título de su adquisición, sino por haberla ganado por prescripción adquisitiva de dominio.

La línea señalada en este caso, determina el contenido especial del título de quien ha perdido el deslinde, y entonces debe demostrar que la zona que queda fuéra de él, la ha poseído con ánimo de señor y dueño, por el término requerido para la prescripción extraordinaria. Tesis que puede directamente proponer, o presentar la excepción de prescripción en el juicio de reivindicación que se le entable.

En sentencia del veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y siete (1937), firmada por los Magistrados Juan Francisco Mújica, Liborio Es-

callón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Antonio Rocha y Arturo Tapias Pilonieta, con ponencia del doctor Rocha, publicada en la GACETA JUDICIAL número 1924, Tomo 45, página 124 y que conviene transcribir íntegramente en sus párrafos esenciales, se estudió ampliamente la naturaleza de juicio especial de deslinde y del ordinario de oposición, sustentándose nuevas ideas de gran juridicidad:

"Es innegable que la acción de deslinde es distinta de la acción reivindicatoria o de dominio y la jurisprudencia siempre ha distinguido la una de la otra. Coinciden en ser ambas reales e inmuebles. Pero en tanto que la reivindicación persigue como finalidad económica la restitución de la cosa que debe hallarse en poder del demandado, con lo cual el título llama a la posesión, en cambio la acción de deslinde suele limitarse a discutir el contenido especial del título, sin que a la vez se discuta el dominio mismo: según el artículo 869 del C. J., el contenido especial de los títulos dá lugar al señalamiento de linderos y al amojonamiento de la línea divisoria; consecuencialmente el Juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, "si ninguna de ellas se opone". Hasta aquí la acción sumaria de deslinde implica una aceptación de titularidad no discutida y el amojonamiento es el resultado o la expresión del contenido especial de tales títulos, es decir, que la acción de deslinde conserva los caracteres propios que la doctrina y la jurisprudencia reconocen".

"La jurisprudencia ha sido severa en el sentido de conservar la fisonomía propia de las dos acciones y de impedir que dentro del juicio ordinario de deslinde se ventilen cuestiones de dominio. Pero no se ve una razón práctica para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado éste de apeo, pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de alguno de ellos, o bien, hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. En el juicio ordinario, cuya ventilación prevé el artículo 870 del C. J., bien pueden debatirse tales cuestiones, que dicen ya orden al dominio, como motivos de oposición a la línea, oposición prevista inmediatamente por el artículo 869 ibidem".

"En algunas legislaciones la alegación de hechos de dominio dentro de simples acciones de deslinde ha dado lugar a dificultades por simples razones de jurisdicción; tal sucede en la francesa, en que hay jueces de paz para el deslinde, en tanto que el dominio es propio de la jurisdicción común. Pero aún allí es permitida la concurrencia de acciones ante los jueces civiles cuando hay discusión sobre el dominio, y al contrario, los jueces de paz siguen conociendo del deslinde mientras que la discusión no se salga de la simple titulación o titularidad. Como se ve, el inconveniente no existe entre nosotros".

"Si la acción de deslinde conserva su peculiar fisonomía porque no se discuta propiamente sino el contenido espacial de los títulos, es evidente que la línea divisoria que en virtud de ella se trace por el Juez puede ir más allá o más acá de la posesión de hechos ejercida por las partes; y ésto es lo ordinario, que alguna de las partes pretenda que sus títulos marcan un contenido territorial que no coincide con el que de hecho ocupa la otra parte; así puede ser, porque en la acción de deslinde la simple posesión es apenas un elemento ilustrativo del contenido espacial a que se crea tener derecho, por cuanto la posesión suele ir unida al dominio; pero como no siempre es así, ella juega como un elemento meramente indicador de dicho contenido, lo mismo que la posesión del terreno, su configuración, los signos o señales y demás hechos que deciden el ánimo del Juez a acoger o rechazar la línea señalada por las partes, o a separarse de ella. Pero cuando la posesión se alega ya como dominio, por haber sido suficiente para consumar una prescripción ordinaria o extraordinaria, nada impide que así se haga valer dentro del juicio ordinario de oposición, porque entonces la posesión es base del dominio, y no indicial del contenido espacial de los títulos, y entonces implican un hecho que va contra los títulos del adversario y que modifica el contenido marcado por los de éste; pero es necesario que se alegue con tal efecto e intención jurídica como motivo de oposición al deslinde".

Comentando la anterior providencia, en fallo de esta misma Sala, se dijo:

"Convienen destacar las siguientes ideas sustentadas en la anterior sentencia, que aclaran la jurisprudencia sobre el juicio de deslinde:

"1°—Se sigue sosteniendo que el juicio de deslinde y amojonamiento no es un juicio declarativo, sino atributivo de la propiedad, como que emana del dominio; de consiguiente, no es un juicio de reivindicación que sirva de suyo para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido. Su objeto se dirige a fijar la línea divisoria de las

heredades; es decir, a determinar hasta dónde se extiende cada uno de los dueños de esos predios.

"2º—La sentencia agrega que estos principios son estrictos especialmente dentro de la primera etapa del juicio, es decir, la parte sumaria de la diligencia de apeo; pero tampoco hay inconveniente que en el juicio ordinario subsiguiente de contradicción al deslinde, pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de algunos de ellos, o bien, hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. De consiguiente, según esta doctrina, que la Corte reitera ahora, en el juicio ordinario de oposición bien pueden proponerse a controversia, claro que de manera expresa, hechos referentes al dominio, como serían, la nulidad o ineficacia de un título, con el fin de descartarlo, o la simple posesión material con el fin de obtener que prevalezca sobre los títulos. En estos casos la discusión sobre estos extremos, distintos del contenido espacial de los títulos, versaría sobre el dominio, y su definición en la sentencia haría tránsito a cosa juzgada en juicio de reivindicación" (GACETA JUDICIAL, Tomo 61, pág. 683, de fecha 30 de noviembre de 1946).

En nueva sentencia de esta misma Sala, de fecha 16 de octubre de 1943, publicada en la GACETA JUDICIAL, números 2001 a 2003, Tomo LVI, págs. 214 y 215, sentó estas conclusiones que se refieren a la fuerza de la sentencia en el juicio sumario o en el subsiguiente de oposición al deslinde, que ha fijado la línea divisoria de dos predios:

"1º—El fin principal del juicio de deslinde es fijar la materialidad del lindero. Pero esta operación tiene por causa la discusión entre propietarios vecinos, en lo tocante a la cabida o extensión de sus respectivos fundos, y como se dirige a poner término a este estado irregular de las relaciones de vecindad, es obvio que no puede ser inoperante.

"2º—Si bien las controversias de deslinde no pueden tener la finalidad de las de reivindicación, que sirven para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido, que lo que la Corte ha consagrado como su doctrina constante, **sin embargo no son ni pueden ser absolutamente ajenas a puntos o extremos en que la propiedad tenga juego.** No son declarativas, pero sí atributivas del dominio, y ello basta para evidenciar lo que se viene diciendo y para establecer cómo lo que en ella se decida acerca de la extensión de los fundos no puede ser enteramente baldío".

"De los cuatro postulados de las sentencias anteriores se desprende que el fallo dictado en el juicio de deslinde, en que se ha decidido sobre la extensión territorial de los títulos, impide un nuevo pronunciamiento en otro juicio, sobre la misma cuestión, por virtud de la cosa juzgada, ya que el nuevo juicio no sería de dominio o reivindicación, sino simplemente repetición del planteamiento de la cuestión de linderos.

"Igualmente, la sentencia que defina el juicio ordinario de oposición al deslinde, a que haya precedido controversia sobre hechos referentes al dominio, planteados expresamente al contradecir la línea señalada en el juicio sumario, de acuerdo con las ideas expuestas en la sentencia de 25 de mayo de 1937, transcrita, impide, por los efectos de la cosa juzgada, nuevo pronunciamiento en otro juicio acerca de las cuestiones de dominio debatidas en el juicio de oposición, y falladas en razón de su influencia en el deslinde".

Como puede observarse, son tres los fallos y de fechas muy recientes en que esta Sala ha sostenido la posibilidad legal y la conveniencia de discutir en el ordinario de oposición, "puntos o extremos en que la propiedad entra en juego", con el fin de hacer eficaces los juicios de deslinde.

En el caso en estudio, hubo oposición a la entrega en el especial de apeo, porque "el estado de posesión le permitió al demandante el plantamiento de determinadas mejoras dentro de la zona afectada por el deslinde, luego no podría ordenarse la entrega como acertadamente lo decidió la mayoría de la Sala. Mi discrepancia está, pues, simplemente en la generalización de la tesis por ella sentada, ó sea que: **en todo caso de oposición no hay lugar a la entrega.**

Mi concepto, en definitiva, es: que en caso de oposición circunscrita a la línea acordada en el juicio especial, en la sentencia que se pronuncie en el ordinario de oposición en que no se han reclamado mejoras, o la adquisición de la zona por prescripción, debe ordenarse necesariamente dejar a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada.

Puede el perdidoso, en el especial de deslinde, plantear en el ordinario de oposición su derecho a la zona que le segregó el apeo, por haberla adquirido por prescripción. Puede también ejercitar su derecho de retención de la respectiva porción, por haber plantado en ella mejoras.

Dejo en estos términos consignadas las razones de mi salvamento de voto.

Bogotá, octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

Manuel José Vargas.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — REQUISITOS PARA QUE PROSPERE, POR ERRONEA APRECIACION DE LAS PRUEBAS, EL RECURSO DE CASACION

1.—Es bien sabido que como la casación no tiene el carácter de una tercera instancia, la Corte no puede abrir de nuevo el debate sobre las pruebas, con el fin de llegar a conclusiones diferentes de aquellas a que llegó el Tribunal sentenciador, el cual tiene, dentro de los límites señalados por la ley, libertad para dirimir el problema IN JUDICIO. Si el recurrente logra demostrar que la sentencia traspasó los límites a que se hace alusión, es porque consigue descubrir el error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y el fallo deberá ser infirmado. Pero si no logra hacer tal demostración, sus cargos no habrán de prosperar.

2.—Cuando se trata de hechos cuyas causas son complejas y no hay seguridad de encontrarlas vinculadas a las actividades del reo, en un proceso sobre responsabilidad aquiliana surge con perfiles inequívocos la duda, y entonces la razón, la ley y la equidad imponen resolverla a favor del demandado.

3.—En los asuntos de responsabilidad civil extracontractual, puede decirse que casi nunca es posible rendir la prueba simple; la prueba, en la mayor parte de los casos, es compuesta (combinación de pruebas simples insuficientes); por lo tanto, además del estudio aislado y detallado de cada uno de los medios de prueba incorporados al debate, se impone un examen de conjunto; estudio que debe hacerse con amplio criterio científico, de unificación y balanceo cuidadoso, para eliminar los peligros de la interpretación exegética de las condiciones generales previstas por la ley formalmente para que cada medio de prueba sea eficaz por sí mismo; peligros tanto mayores cuando se trata del testimonio, expuesto siempre a elementos perturbadores muy difíciles de combatir.

Corte Suprema de Justicia.—Sala B. de Casación Civil.—Bogotá, dos de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo)

Jesús Espitia Pinilla contra fábrica de ladrillos "El Progreso"

Antecedentes:

1.—En el juicio de venta seguido por Jesús Espitia Pinilla contra la sociedad de "J. Solano R. e Hijo", que cursaba ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, se le adjudicó al primero por cuenta de su crédito de valor de $ 39.900.00, un globo de terreno situado en el barrio de Las Cruces de esta ciudad, de cabida aproximada de cuarenta y cinco mil varas cuadradas, avaluado por los peritos en $ 45.000.00, y por remate efectuado el 14 de octubre de 1938. La finca la había adquirido el señor Joaquín Solano Ruiz mediante compra hecha al propio señor Espitia Pinilla, de que dá fe la escritura Nº 3602 otorgada el 2 de diciembre de 1927 ante el Notario 2º de Bogotá. El acta de remate se protocolizó con la escritura Nº 2364 de 5 de noviembre de 1938, otorgada ante el mismo Notario.

2.—El inmueble adjudicado al rematante señor Espitia Pinilla, colinda con otro u otros de Joaquín Solano Ruiz y de la Fábrica de ladrillos El Progreso. Alegando aquél que la sociedad dueña de tal fábrica, había estado beneficiándose con la extracción indebida de arcillas o materiales provenientes de terrenos considerados como propios por Espitia, demandó a la mencionada sociedad para que, por los trámites de un juicio ordinario, se hicieran declaraciones adversas y condenas sobre responsabilidad civil extracontractual, fundada en daños consistentes en la extracción de los materiales ajenos y derrumbamientos producidos en la propiedad del demandante, destrucción de edificios, etc., cuyo valor se apreció en la demanda por $ 14.000, aunque subordinados a regulación pericial. También se pidió que se condenara al demandado a suspender la explotación causante de los daños, a restablecer paredes y cercas y a pagar cierta cantidad de dinero ($ 500 diarios) para el caso de no suspender la explotación alu-

dida, o retardar la restitución de paredes y cercas divisorias. Finalmente, que se condenara a la parte demandada, si se oponía, a las costas del juicio.

3.—Admitida la demanda, pasada en traslado al reconvenido, con la oposición de éste, término probatorio, etc., culminó el proceso en la primera instancia con fallo absolutorio despachado por el Juez 6º Civil del Circuito de Bogotá el 8 de agosto de 1945.

4.—Apeló el demandante, subieron los autos al Tribunal de Bogotá y allí se pronunció la sentencia que es materia del recurso sometido a la Corte.

La sentencia acusada

Lleva fecha 18 de junio de 1946. Su parte resolutiva se limita a confirmar simplemente la sentencia del Juez. Los considerandos contienen, además de la reseña acostumbrada de la demanda y de sus hechos, de la tramitación, etc., un estudio en capítulos separados sobre la personería de las partes, la acción y las pruebas suministradas por el actor para tratar de establecer los cargos deducidos. Dice el Tribunal:

"...quiso la parte actora hacer versar o trabar la litis de este pleito (sic) sobre responsabilidad civil extracontractual consecuencia de la llamada culpa aquiliana del derecho romano, es es (sic), la que nace sin relación jurídica preexistente de deudor y acreedor sino como consecuencia de la ejecución de un hecho que causa daño a otra persona y que dá nacimiento por sí misma al derecho de reparación del perjuicio. Y se acusa a la sociedad demandada de ser responsable del hecho que el actor —dice—, causó perjuicio en sus intereses privados (sic): 'La explotación de las arcillas de mi propiedad en beneficio de dicha sociedad'. Procediendo al estudio de la acción, se hace necesario evidenciar si en el caso se halla establecida la existencia del perjuicio en sí mismo, la culpa del demandado y la relación entre la culpa y el daño, advirtiendo que el código civil en los arts. 2341, 2347 y 2356 sienta las relaciones de responsabilidad por culpa extracontractual, los casos en que una persona se obliga por los actos culpables de otra y cómo se verifica la reparación del perjuicio imputable a malicia, negligencia o imprudencia del agente. El señor Juez en su sentencia estudia detenidamente la prueba testimonial aducida en el proceso por el demandante encaminada a demostrar la certeza del hecho de la sustracción de la arcilla, que es el fundamento de la demanda, y luégo de su examen concluye el Juzgado que como el actor no demostró que la empresa demandada se hubiera apropiado de la arcilla del terreno luégo de haber Espitia adquirido su dominio, resulta ...que por esta razón el demandante carece de interés jurídico para el ejercicio de la acción...".

El Tribunal transcribe un pasaje del fallo de primera instancia y más adelante agrega:

"Para acreditar este hecho, la sustracción de la arcilla y la destrucción de las distintas cercas, trajo el demandante en la primera instancia las declaraciones de muchísimos testigos que explicaron el caso en la siguiente forma: ..." ".....".

"Como lo anota el Juzgado, y con él el Tribunal, del dicho de estos testigos nada favorable se deduce para el fin de la demanda. A esta prueba testimonial hace el distinguido funcionario del conocimiento una crítica de contenido jurídico completo, que por estimarse acertada la Sala la reproduce en fundamento de este fallo, advirtiendo que no se encuentra nada qué agregar ni nada qué quitar".

Sigue la transcripción de los apartes pertinentes de la sentencia del Juez, donde analiza la prueba testimonial, y luégo la de segundo grado aprecia lo relativo a una confesión del reo en el acto del reconocimiento ocular, apreciada por aquél en forma que también le mereció al Tribunal irrestricta acogida en términos elogiosos.

Juzgado y Tribunal consideran que al practicarse la inspección ocular decretada, durante ella la parte demandada admitió que sí había habido explotación de arcillas en el terreno del actor. Pero al paso que éste sostuvo haberse llevado a efecto tal explotación los dos últimos años, inmediatamente anteriores a su solicitud de pruebas, es decir entre mediados del año de 1941 y mediados del año de 1943, la parte demandada alegó que tal cosa hubo de realizarse antes de la fecha en que Espitia Pinilla, el actor, volvió a adquirir el predio a que se refiere la demanda, es decir, antes del 3 de noviembre de 1938.

Juzgado y Tribunal consideran que la confesión proveniente de legítimo representante de la parte demandada, tiene la calidad de indivisible, porque aunque acepta el hecho de la explotación, le agrega una modalidad relativa al tiempo en que se realizó, lo que hace que deba apreciarse según la regla del artículo 609 del C. J.

Como en la segunda instancia se recibieron nuevas declaraciones de testigos el Tribunal las examina y encuentra que si bien esos testimonios provienen de declaraciones separadas, incurren en la rara coincidencia de explicar su dicho en términos exactamente iguales, como lo demuestra la trans-

cripción de las actas en lo que interesa, y luégo concluye:

"Como se observa, cada uno de estos declarantes dice, que el día 15 de julio de 1942, estando especialmente reunidos por solicitud de Espitia, vieron y presenciaron que obreros de la empresa demandada excavaban el terreno de Espitia, se sustraían la tierra y la llevaban a los depósitos de la empresa obedeciendo órdenes del gerente; y cada cual agrega, que este hecho lo siguió observando de ahí en adelante, 'hasta la Semana Santa del año de 1943'. Vieron pues estos señores, estando reunidos, lo que sucedió en sólo un día preciso, el 15 de julio de 1942, porque lo demás que cada uno vió, cada uno dice que lo observó separadamente. Aceptando en su integridad el testimonio de estos señores no puede deducirse que esté probado que en el tiempo de la demanda, dos años y cuatro meses, de manera permanente los obreros de la empresa demandada, por orden del gerente, consumaron el hecho delictuoso contínuo de apropiarse ya en la forma específica de hurto o de robo de, la arcilla o tierra de propiedad del demandante, y como así es, puede concluírse que los autos no dan base para deducir la acción del proceso, toda vez que (sic) el perjuicio sí dice derivarse de actos repetidos y contínuos, no del que vieron los testigos en el instante del 15 de julio que se estaba consumando. Lo demás que cada uno vió por separado no lo comprueba ningún otro testimonio".

Como resultado de la inspección ocular practicada en la segunda instancia, anota lo siguiente:

"...lo que sucede es que los terrenos de Espitia y los de la empresa forman unidos un plano inclinado que viene a terminar precisamente en los patios construídos por la empresa aledaños a los edificios de la misma y que como es natural tienen nivel prefectamente plano. Las lluvias, el terreno movedizo o la circunstancia de haber construído las edificaciones de la empresa previo alineamiento o planificación del terreno que venía en declive, hace que la arcilla o tierra del predio superior que es de Espitia, ruede para caer por razón de simple gravedad o dirección sobre el predio y los patios de la empresa; y como ésta tiene derecho a defender su propiedad en general y los propios edificios y no puede sometérsele a mantener la tierra de los deslizamientos a órdenes del dueño del predio colindante, naturalmente que la empresa puede botarla o retirarla para evitar estorbos y nada ni nadie se lo puede impedir legalmente".

El fallo acusado contiene otras consideraciones importantes que influyen para negar la acción del demandante, fundadas de manera especial en la concatenación crítica de los varios elementos probatorios recibidos, que también fueron analizados separadamente, según se vió; es decir, de los testimonios, de la diligencia de inspección ocular y de la misma confesión proveniente de la parte demandada. De allí concluyó el Tribunal la falta de certeza sobre la verdadera fuente de los daños sufridos en los terrenos del señor Espitia Pinilla, lo cual llevó a aquél a dar su confirmación a la sentencia absolutoria del Juzgado.

El recurso

Lo interpuso la parte demandante y lo sustentó su apoderado en bien ordenado alegato que facilita por su técnica el conocimiento y decisión de la Sala. La demanda de casación lleva fecha de 23 de noviembre de 1948, y, estando debidamente preparada y en turno, corresponde estudiarla, advirtiendo que se invoca la causal 1ª y se acusa a la sentencia de ser violatoria, tanto indirecta como directamente de los arts. 2341 y concordantes del código civil, sobre responsabilidad aquiliana, lo mismo que de los arts. 593 y otros del código judicial, sobre régimen de pruebas, debido al error de hecho en que incurrió el sentenciador al estimar el valor de las llevadas por el actor en las instancias. Por razón de método ensaya presentar sus acusaciones por dos aspectos, a fin de sustentar los cargos, pero todos en el fondo giran sobre el mismo eje, o sea, sobre que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de los autos y aquél propone a través de sus críticas una conclusión diferente de la que adoptó éste, tanto al revisar el trabajo del inferior, como al valorar el sentido y eficacia de los elementos producidos en la segunda instancia.

Se considera:

Es bien sabido que como la casación no tiene el carácter de una tercera instancia, la Corte no puede abrir de nuevo el debate sobre las pruebas, con el fin de llegar a conclusiones diferentes de aquellas a que llegó el Tribunal sentenciador, el cual tiene, dentro de los límites señalados por la ley, libertad para dirimir el problema in iudicio. Si el recurrente logra demostrar que la sentencia traspasó los límites a que se hace alusión, es porque consigue descubrir el error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y el fallo deberá ser infirmado. Pero si no logra hacer

tal demostración, sus cargos no habrán de prosperar.

Cuando se trata de hechos cuyas causas son complejas y no hay seguridad de encontrarlas vinculadas a las actividades del reo, en un proceso sobre responsabilidad aquiliana, como es el que se trae entre manos, surge con perfiles inequívocos la duda y entonces, la razón, la ley y la equidad imponen resolverla a favor del demandado.

Bastó la atenta lectura de la sentencia acusada y de la demanda de casación, para formar el concepto de que la naturaleza de los hechos dañosos imputados al reo y las circunstancias en que quedaron establecidos en el proceso, no permiten descubrir aquella íntima vinculación necesaria de causa a efecto entre el daño y la culpa; o sea, que no se consiguió poner en claro que los menoscabos sufridos por el terreno del demandante, hubieran tenido, en el tiempo y por la cuantía, la significación que aquél les señaló en su demanda: como tampoco se despejó la duda de si hubo la participación de agentes naturales, a que atribuír dichos menoscabos, en vez de imputarlos a las libres actividades del demandado; y por último, si bien éste confesó haber llevado a efecto algunas explotaciones de arcilla en el terreno de que hoy es dueño el señor Espitia Pinilla, aclaró que eso fué cuando el terreno le pertenecía pues en los títulos traídos al proceso aparece que socios, o copartícipes de la empresa de la fábrica de ladrillos El Progreso resultaron antecesores del señor Espitia en el dominio de dicho terreno. Fué ella una confesión bien calificada de indivisible y tocaba, por tanto, al contendor suministrar el medio inequívoco que destruyera la verdad de aquella aseveración. Es decir, afirmaba Espitia que su contraparte había explotado arcillas en el terreno de que el primero llegó a ser dueño, y no logró probar la época precisa de tales explotaciones, ni su duración ni su volumen, cuando constaba que el propio Espitia adquirió en remate contra Solano (de la fábrica de ladrillos 'El Progreso'), el terreno de que se trata, por el año de 1938. Por tanto la confesión del apoderado del reo debe recibirse tal como la hizo, a saber: "El doctor Rey Rojas manifestó que el terreno que es actualmente del señor Jesús Espitia Pinilla, fué hasta octubre de 1938 de propiedad de la sociedad J. Solano e Hijo en virtud de compra que ésta hizo; que en virtud de remate verificado en el citado mes de octubre el dicho terreno volvió a ser de propiedad del señor Espitia Pinilla, y que fué durante la época en que J. Solano e Hijo fué dueña del terreno cuando se hicieron las excavaciones en pequeña escala en la parte del propio terreno que colinda con el de la empresa demandada" (cuaderno n. 2, folio 17; acta de la diligencia de inspección ocular practicada el 1º de septiembre de 1943).

El Tribunal, pues, apreció de manera congruente y concatenada todos los elementos probatorios, como era su deber. Los testimonios de ambas instancias los encontró deficientes por motivos que no revelan error evidente y antes aparecen analizados conforme a la sana crítica y dentro de los límites en que la ley reconoce soberanía al juicio del fallador en instancia. La situación y clase de los terrenos, le permitieron deducir la influencia de agentes naturales de erosión, más bien que de explotación abusiva por parte del reo; por último, la confesión de éste en las circunstancias examinadas, suministra una razón más para concluír en el sentido de la duda a favor del demandado.

Ahora bien: si esa duda queda como fruto del estudio de las pruebas, la jurisprudencia tiene establecido que en tales condiciones es inadmisible la acusación por error evidente de hecho para que proceda la causal primera.

En estos asuntos de responsabilidad civil extracontractual puede decirse que casi nunca es posible rendir prueba simple; la prueba, en la mayor parte de los casos, es compuesta (combinación de pruebas simples insuficientes); por lo tanto, además del estudio aislado y detallado de cada uno de los medios de prueba incorporados al debate, se impone un examen de conjunto; estudio que debe hacerse con amplio criterio científico, de unificación y balanceo cuidadoso, para eliminar los peligros de la interpretación exegética de las condiciones generales previstas por la ley formalmente para que cada medio de prueba sea eficaz por sí mismo; peligros tanto mayores cuando se trata del testimonio, expuesto siempre a elementos perturbadores muy difíciles de combatir.

Aplicando esta doctrina común de los expositores a los casos concretos sometidos al juicio en las instancias, síguese rectamente que, si el sentenciador procede sobre esas bases, es muy remoto que su fallo presente flancos vulnerables a la casación por concepto del error evidente al tiempo de apreciar las pruebas.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala B.) de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia acusada, del Tribunal Superior de Bogotá, que lleva fecha 18 de junio de 1946.

Costas a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

EL ADMINISTRADOR DE UNA SOCIEDAD COLECTIVA QUE REALIZA LA HIPOTECACION DE BIENES SOCIALES SIN ESTAR EXPRESAMENTE AUTORIZADO, EXTRALIMITA SU MANDATO Y EL ACTO ES, NO SIMPLEMENTE NULO, SINO INEXISTENTE

Nuestro Código de Comercio es preciso al reglamentar la administración de la sociedad colectiva, en lo que no se hubiere previsto en la escritura social (artículo 509). Sienta como principio básico, cuando los socios delegan la facultad de administrar, que si no hubieren determinado la extensión de los poderes del delegado, éste será considerado como simple mandatario y no tendrá otras facultades que las necesarias para ejecutar los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que ésta se hubiere propuesto (artículo 527).

Y por ser el administrador, en tal caso, un simple mandatario, se le prohiben aquellos actos que naturalmente no autoriza el mandato y que requieren, por tanto, poder especial, entre los cuales figura el de hipotecar los inmuebles sociales (artículo 2158 C. C. y 520 C. de Co.).

El administrador de una sociedad que realiza la hipotecación de bienes sociales, sin estar expresamente autorizado, extralimita su mandato, con la ineludible consecuencia jurídica, no de simple nulidad relativa del acto, como lo sostuvo nuestra jurisprudencia hasta el 24 de agosto de 1938, en vista de que aquél era ratificable (artículo 2186 C. C.), sino de inexistencia legal, deducida, según la sentencia de casación de esa fecha (G. J. Tomo 47, número 1940, pág. 78), de dos principios capitales: 1º Que aplicando A CONTRARIO SENSU el artículo 1505 del C. C., lo que una persona ejecuta en nombre de otra no teniendo poder de ella ni de la ley para representarla, carece de efectos contra el representado. 2º Que uno de los cuatro elementos esenciales para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es el consentimiento, "condición indispensable, la primera y la principal de todas, para que un acto o contrato tenga existencia jurídica". Y en el mandato, el consentimiento se presta a través del mandatario.

Pero como puede suceder —sigue diciendo la citada sentencia— "que una persona sin mandato GESTIONE o administre los bienes de otra; la ley regula especialmente este fenómeno bajo el nombre de AGENCIA OFICIOSA O GESTION DE NEGOCIOS AJENOS, previendo entre otras cosas (artículo 2308), que si el negocio ha sido bien administrado, es decir, con provecho y utilidad para el dueño, éste debe cumplir los compromisos que el agente oficioso ha contraído en la gestión. Aquí, pues, el dueño queda obligado no por el fenómeno de un consentimiento prestado a través del mandatario, sino por disposición de la ley que así lo manda para evitar que el dueño se aproveche sin compensaciones de la actividad benéfica de otro sobre su propio patrimonio".

"El agente oficioso sólo obliga al interesado ante terceros cuando la gestión redunda en provecho de éste, o ha sido ratificada. En los demás casos, trátase de actos inoponibles al dueño; es decir, de actos que en relación con él son ineficaces e inexistentes. En manera alguna nulos, comoquiera que la nulidad, aún la radical, exige un principio de existencia del acto jurídico".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Por la escritura 39 de 31 de agosto de 1900, de la Notaría 2ª de Cali, el doctor Ignacio Paláu compró para su esposa, doña Mercedes Bustamante de Paláu, y para sus hijos menores Susana, Eduardo,

Alfonso y Alberto Paláu una casa situada en la ciudad de Cali, con excepción del derecho que en ella correspondía a Rafael Palacios, el cual compró a Francisco A. Paláu en remate voluntario de 29 de septiembre del citado año.

En 1907, por escritura 91 de 20 de abril de la misma Notaría, los señores doctor Ignacio Paláu, Francisco A. Paláu y Ricardo Velásquez J. constituyeron la sociedad colectiva de comercio de "Paláu, Velásquez & Cía.", la cual se liquidó por la escritura 263 de 16 de diciembre de 1910, también de la Notaría 2ª, y por este mismo instrumento Francisco A. Paláu y Velásquez J. reorganizaron la sociedad, a la cual ingresaron después como socios el doctor Alfonso Paláu, según escritura 879 de 1913, de la Notaría 1ª de Cali, y Eduardo y Alberto Paláu, según la escritura 353 de 1918, de la Notaría 2ª del mismo circuito.

Por la escritura 303 de 4 de noviembre de 1913, de la Notaría 2ª de Cali, el doctor Ignacio Paláu vendió a la Sociedad expresada el derecho de dominio que su esposa tenía en la casa que ha quedado descrita.

La Sociedad terminó el 25 de abril de 1923 por expiración de su plazo de duración, y fue declarada disuelta en escritura 877 de 1928, de la Notaría 2ª de Cali.

Por la escritura 343 de 17 de abril de 1925, de la misma Notaría 2ª, el señor Ricardo Velásquez, como gerente de la Sociedad, reconoció ser ésta deudora de doña Ester Urdinola viuda de Velásquez, de $ 14.500.00, recibidos a mutuo con interés, y garantizó el pago con la hipoteca de segundo grado sobre la casa referida y su terreno; pero Velásquez no sólo obró fuéra de los límites de su mandato y sin autorización de sus consocios sino que hipotecó un inmueble que no pertenecía en su totalidad a la Sociedad, la cual sólo tenía en él el derecho que había sido de doña Mercedes Bustamante de Paláu.

Fundándose en estos hechos principales, el doctor Alberto Paláu, por sí y en representación de sus hermanos Eduardo y Alfonso y de sus sobrinos Ignacio y Ligia, hijos de Francisco A. Paláu, demandó, en noviembre de 1944, a Ricardo Velásquez J., Sofía Velásquez de Bernal, Cecilia Velásquez de Jaramillo, Catalina Velásquez de Di Zitti, Ester Velásquez de Sierra, Guillermo, Pablo e Isabel Velásquez y Estela Velásquez de Duque, estos ocho últimos en su carácter de herederos de Ester Urdinola de Velásquez y de sus hermanos legítimos Roberto y Antonio Velásquez Urdinola, para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se compendian:

A) Que Ricardo Velásquez J. carecía de facultad legal, como administrador o gerente de Paláu, Velásquez & Cía., para asegurar con hipoteca sobre bienes sociales y de los socios, las obligaciones contraídas a nombre de la Sociedad.

B) Que Velásquez J. carecía de facultad legal para constituir la hipoteca que consta en la escritura 343 de 1925, de la Notaría 2ª de Cali, sobre el inmueble allí descrito, inmueble que poseían en común la Sociedad expresada y Susana, Francisco, Eduardo, Alfonso y Alberto Paláu.

C) Que, por tanto, carece de existencia legal dicho gravamen hipotecario, del cual está libre el inmueble.

D) Que ni la Sociedad, ni los demandantes están obligados a responder, con el inmueble hipotecado, por las obligaciones que en la escritura 343 de 1925 contrajo el gerente o administrador Velásquez J.

E) Que, en consecuencia, se ordene cancelar los registros de la citada escritura, en lo referente al gravamen hipotecario, y que se oficie al Notario para la cancelación del mismo.

Subsidiariamente, pidió estas declaraciones:

a) Que es absolutamente nulo el referido gravamen hipotecario, en cuanto se refiere a las cuotas o derechos de los demandantes en el inmueble hipotecado.

b) Que los demandantes como socios que fueron de Paláu, Velásquez & Cía., no están obligados a responder en ninguna forma, ni personalmente ni con el inmueble hipoteçado, por las obligaciones contraídas en la escritura 343 de 1925.

c) Que, en consecuencia, se ordene cancelar los registros de tal escritura, en lo referente a los derechos o cuotas de dominio de los demandantes en el inmueble hipotecado, y que se oficie al Notario para la cancelación de la cláusula 6ª de la misma escritura, en lo relativo a esos derechos.

Con oposición de los demandados Cecilia Velásquez de Jaramillo y Ricardo Velásquez J., únicos que dieron contestación a la demanda, siguióse el juicio ante el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, quien, en fallo de 8 de octubre de 1946, absolvió a los demandados de todos los cargos.

Apelado ese fallo por la parte actora, el Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 8 de julio de 1948, lo revocó, declarando, en su lugar, probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Concedido al actor el recurso de casación que ha sido legalmente sustanciado, la Corte entra a decidirlo.

Para resolver el litigio en la forma en que lo hizo, el Tribunal tuvo en cuenta que la demanda

está dirigida contra los Velásquez Urdinola en su calidad de herederos de su legítima madre, doña Ester Urdinola viuda de Velásquez, la acreedora hipotecaria, y de sus hermanos legítimos Roberto y Antonio Velásquez Urdinola, quienes, según los demandantes, murieron solteros, y que no se ha probado tal calidad de herederos, por lo cual falta en el juicio la capacidad sustantiva de tales demandados, que constituye la excepción perentoria declarada.

El recurso

Cuatro cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, fundados todos en el primer motivo de casación. Los dos primeros y el cuarto por violaciones de la ley como consecuencia de errores de hecho evidentes y de derecho en la apreciación de ciertas pruebas, y el tercero, que se plantea subsidiariamente, por infracción de determinados preceptos legales, ya directamente, ya por indebida aplicación o por falta de aplicación al pleito.

No puede la Sala aceptar el primer cargo, porque en él sostiene el recurrente que el defecto de personería en los demandados Velásquez Urdinola no es sustantivo sino adjetivo, ya que ellos aceptaron la calidad de herederos de doña Ester Urdinola viudad de Velásquez, y lo que el sentenciador echó de menos no fue la existencia de esa calidad sino su prueba. Y el recurrente considera que esa aceptación está confesada por tales demandados, lo cual no es exacto.

En efecto, dos observaciones bastan para convencer de ello: Es la primera, que la aceptación del carácter de herederos que se les atribuye a Guillermo y Estela Velásquez sólo podría hallarse en los memoriales en que su apoderado, doctor Senén Barrera Arboleda, denunció el pleito al señor Ricardo Velásquez (folios 50 y 54, c. 1º), pero aparte de que esos memoriales fueron rechazados por el Juez, por no estar el firmante inscrito como abogado, la confesión que en ellos halla el recurrente no existe, pues no hay constancia de la autorización de los poderdantes para confesar, que sólo se presume para los escritos de demanda y excepciones y de las respuestas correlativas (artículo 607 del C. J.). Y es la segunda, que a los Velásquez Urdinola se les demanda no sólo como herederos de la señora Urdinola de Velásquez sino también como herederos de sus hermanos Roberto y Antonio, y esta calidad ni siquiera se menciona en los escritos que el recurrente considera erróneamente apreciados por el Tribunal.

En cuanto al segundo cargo, en que los errores se hacen consistir en haberse declarado la ilegitimidad sustantiva de la personería del demandado Ricardo Velásquez, se observa que el Tribunal no ha hecho tal declaración respecto de este señor. La limitó a los demandados Velásquez Urdinolas, en cuanto las acciones fueron dirigidas contra ellos en su calidad de herederos de la señora Ester Urdinola de Velásquez y de sus hermanos Roberto y Antonio Velásquez Urdinola. La motivación de la sentencia es clara y precisa al respecto.

Pero si no prosperan los dos primeros cargos, no puede decirse lo mismo del tercero, propuesto subsidiariamente. La Sala lo encuentra fundado. Los demandados Velásquez Urdinola no han negado las calidades de herederos que en la demanda se les atribuyen, y siendo esto así no tenía por qué exigir el Tribunal la comprobación de ese hecho, que no se discute. La demanda no persigue una declaración de estado civil, para la cual sería indispensable la prueba principal de ese estado, o al menos la supletoria autorizada por la ley. Busca simplemente una declaración de inexistencia o de nulidad de determinado gravamen hipotecario, y la busca con citación y audiencia de quien lo constituyó como administrador de la sociedad deudora, y de quienes son los herederos de la acreedora hipotecaria, carácter que ellos no desconocen. Al contrario, lo aceptan expresamente Catalina, Sofía y Ester Velásquez en el memorial del folio 59 del cuaderno 1º; e implícitamente Pablo e Isabel, en su escrito del folio 61 del mismo cuaderno. Y Cecilia Velásquez de Jaramillo, al contestar la demanda, excepcionó de ilegitimidad de la personería de los demandados, no porque no tuvieran éstos la calidad de herederos sino porque muchos de ellos carecen de interés jurídico en el pleito, por haber cedido sus derechos en la acreencia hipotecaria. En cuanto a los otros dos Velásquez Urdinolas (Guillermo y Estela) ya se ha visto que el Juzgado se abstuvo de considerar, por no estar matriculado como abogado su apoderado, doctor Barrera Arboleda, los memoriales en que éste denunció el litigio, fundándose en que sus poderdantes, como herederos de la acreedora, habían cedido sus derechos en el crédito.

Debió, pues, el sentenciador decidir el fondo del litigio, en vez de limitarse a declarar una ilegitinidad de personería sustantiva improcedente. Si así no lo hizo, aparece clara la violación de los preceptos legales que indica el recurrente, especialmente los artículos 509 y 522 del C. de C. y 2103, 2104, 2105 y 2443 del C. C., normas sustantivas que, de haber sido aplicadas, habrían podido determinar el

reconocimiento de las acciones principales deducidas en el libelo, o de las propuestas subsidiariamente. Esta doctrina ha sido aceptada por la Corte en varios fallos (G. J. número 1905, pág. 196, número 1966, pág. 782, número 1961, pág. 28).

Prospera, pues, el cargo tercero, y rota la sentencia recurrida, procede la Sala a dictar la que haya de reemplazarla.

Sentencia de instancia

Están probados los siguientes hechos:

1º Que por escritura 39 de 31 de agosto de 1900, de la Notaría 2ª de Cali, y por el remate judicial de 29 de septiembre del mismo año, cuya acta fue protocolizada por la escritura 236 de 24 de junio de 1935, de la Notaría 3ª de ese Circuito, Mercedes Bustamante de Paláu y sus hijos Susana, Eduardo, Alfonso, Alberto y Francisco Paláu adquirieron el dominio de la casa descrita en el hecho 1º de la demanda.

2º Que Ignacio y Francisco Paláu y Ricardo Velásquez J. constituyeron en 1907, por la escritura 91 de 20 de abril, de la Notaría 2ª de Cali, la sociedad colectiva de comercio de "Paláu, Velásquez & Cía.", para ocuparse "en negocios de tipografía, librería y demás operaciones de comercio", bajo la administración de todos los socios.

3º Que en 1913 (escritura 879) ingresó a la sociedad Alfonso Paláu, y en 1918 (escritura 353) ingresaron Ignacio, quien se había retirado en 1910, y Eduardo y Alberto Paláu, y que estos dos últimos, lo mismo que Francisco, Alfonso y Susana, aportaron todos los derechos que poseían en la finca expresada y que habían adquirido del modo indicado en el punto 1º, con lo cual la sociedad queda —dice la escritura— "dueña exclusiva de todo el referido inmueble, con todos sus edificios, anexidades, mejoras, usos y dependencias que en la actualidad posee, pues los señores Paláus antes mencionados declaran que aportan todo a la Sociedad de Paláu, Velásquez & Cía. sin reservarse nada, y esta Sociedad había hecho otras adquisiciones y mejoras en la referida finca raíz, según consta en las escrituras 91 y 303 de fechas 20 de abril de 1907 y 4 de noviembre de 1913, otorgadas ante el Notario Segundo de este Circuito".

4º Que en la reforma de 1918 quedó estipulado "El uso de la firma lo tendrá en Bogotá el doctor Alfonso Paláu y en Cali el socio Ricardo Velásquez J..."; "La Sociedad seguirá ocupándose en negocios de imprenta, papelería, introducción y exportación de toda clase de mercancías y frutos del país y en lo demás que a bien tenga..."; "su asiento principal seguirá siendo la ciudad de Cali..." y su término de duración "es el de cinco años (5), a contar del 25 de abril de 1918 en adelante, pero podrá prorrogarse a voluntad de todos sin necesidad de otorgar nueva escritura y bastando para ello un asiento en los libros".

5º Que la escritura reformatoria 353 de 12 de agosto de 1918, de la Notaría 2ª de Cali, en lo referente al aporte que los socios hicieron de sus derechos de dominio en la casa mencionada, sólo fue registrada el 16 de agosto de 1934, partida 1325 del Libro 1º de registro, y que esta inscripción fue anulada por sentencia del Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali, de 14 de abril de 1939, confirmada por la del Tribunal Superior de Cali de fecha 30 de marzo de 1940, según consta en el certificado del Registrador de ese Círculo de Registro, de 2 de agosto de 1945 (folio 19 del cuaderno 2º).

6º Que en ninguna de las citadas escrituras sociales se dio al administrador, señor Velásquez J., la facultad de hipotecar los inmuebles de la compañía.

7º Que por la escritura 343 de 17 de abril de 1925, de la Notaría 2ª de Cali, registrada el 20, partida 407 del Libro 2º, y partida 103 del Libro de Anotación de Hipotecas, el señor Velásquez J., como administrador de la sociedad y para garantizar a la señora Ester Urdinola viuda de Velásquez una obligación de mutuo por valor de $ 14.500.00 a cargo de la compañía, hipotecó la finca descrita en el hecho 10º de la demanda, o sea la misma de que trata el hecho 1º, pues en dicho instrumento público se dice que la sociedad la adquirió por la escritura 353 de 1918, ya citada.

8º Finalmente, que por la escritura 877 de 5 de mayo de 1928, de la Notaría 2ª de Cali, la sociedad, que se había disuelto desde el 25 de abril de ese año por vencimiento de su término (escritura de prórroga 405 de 1923, misma Notaría), entró en liquidación. Fueron nombrados como liquidadores los señores Velásquez J. y Joaquín Paz, con plazo de dos meses para desempeñar el cargo.

No puede pues revocarse a duda que el gravamen hipotecario referido se constituyó sin que el administrador de la Sociedad, señor Velásquez J., estuviera facultado para ello, y que en ese gravamen quedaron comprendidos los derechos de dominio proindiviso que en la finca hipotecada tenían los demandantes, de quienes tampoco tenía poder dicho señor para hipotecar sus bienes propios.

Nuestro Código de Comercio es preciso al reglamentar la administración de la sociedad colectiva,

en lo que no se hubiere previsto en la escritura social (artículo 509). Sienta como principio básico, cuando los socios delegan la facultad de administrar, que si no hubieren determinado la extensión de los poderes del delegado, éste será considerado como simple mandatario y no tendrá otras facultades que las necesarias para ejecutar los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que ésta se hubiere propuesto (artículo 527).

Y por ser el administrador, en tal caso, un simple mandatario, se le prohiben aquellos actos que naturalmente no autoriza el mandato y que requieren, por tanto, poder especial, entre los cuales figura el de hipotecar los inmuebles sociales (artículos 2158 C. C. y 520 C. de C.).

El administrador de una sociedad que realiza la hipotecación de bienes sociales, sin estar expresamente autorizado, extralimita su mandato, con la ineludible consecuencia jurídica no de simple nulidad relativa del acto, como lo sostuvo nuestra jurisprudencia hasta el 24 de agosto de 1938, en vista de que aquél era ratificable (artículo 2186 C. C.), sino de inexistencia legal, deducida, según la sentencia de casación de esa fecha (G. J.: XLVII, número 1940, pág. 78), de dos principios capitales: 1º Que, aplicando *a contrario sensu* el artículo 1505 del C. C. lo que una persona ejecuta en nombre de otra no teniendo poder de ella ni de la ley para representarla, carece de efectos contra el representado. 2º Que uno de los cuatro elementos esenciales para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es el consentimiento, "condición indispensable, la primera y la principal de todas, para que un acto o contrato tenga existencia jurídica". Y en el mandato el consentimiento se presta a través del mandatario.

Pero como puede suceder —sigue diciendo la citada sentencia— "que una persona sin mandato *gestione* o administre los bienes de otra; la ley regula especialmente este fenómeno bajo el nombre de *agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos*, previendo entre otras cosas (artículo 2308) que si el negocio ha sido bien administrado, es decir, con provecho y utilidad para el dueño, éste debe cumplir los compromisos que el agente oficioso ha contraído en la gestión. Aquí, pues, el dueño queda obligado no por el fenómeno de un consentimiento prestado a través del mandatario, sino por disposición de la ley que así lo manda para evitar que el dueño se aproveche sin compensaciones de la actividad benéfica de otro sobre su propio patrimonio".

"El agente oficioso sólo obliga al interesado ante terceros cuando la gestión redunda en provecho de éste, o ha sido ratificada. En los demás casos trátase de actos inoponibles al dueño; es decir de actos que en relación con él son ineficaces e inexistentes. En manera alguna nulos, comoquiera que la nulidad, aún la radical, exige un principio de existencia del acto jurídico".

Y si estos principios son aplicables a la hipoteca constituída en nombre de la sociedad por el señor Velásquez J., no sólo fuéra de los límites de sus facultades legales sino contra expresa disposición de la ley, con mayor razón lo serán en cuanto en ese gravamen quedaron comprendidos bienes del dominio particular de los socios, de quienes no tenía poder alguno el señor Velásquez, pues ellos lo habían nombrado administrador de la sociedad, no de sus propios intereses, por lo cual la hipotecación que aquél efectuó de los derechos de dominio de ellos en la finca versó sobre cosa ajena y es, por consiguiente, ineficaz e inoponible a los demandantes.

Quiere esto decir que prosperan las peticiones principales de la demanda, y que falta sólo examinar las excepciones opuestas por los demandados, principiando por sentar que la competencia del Juez del Circuito de Cali es indiscutible en vista de la regla 15 del artículo 152 del C. de P. C. Bastaba que uno de los demandados (el señor Velásquez J.) fuera vecino de Cali para que aquel funcionario pudiera válidamente conocer del negocio, aunque todos los demás estuvieran domiciliados en otro lugar.

Excepciones

Se propusieron por algunos de los demandados las de ilegitimidad de la personería sustantiva de ambas partes, inepta demanda y prescripción de la acción.

La ilegitimidad de la personería de los demandados se hace consistir en que la mayoría de ellos cedieron sus derechos en el crédito hipotecario, como herederos de la acreedora Urdinola de Velásquez, al señor Ricardo Velásquez J., pero el sólo enunciado de la excepción pregona su improcedencia, pues bastaría que alguno de aquéllos no hubiera cedido para que su personería fuera inobjetable. Agrégase a esto que para comprobar la cesión se ha presentado copia de la escritura 1648 de 27 de agosto de 1943, de la Notaría 2ª de Pereira, pero

tal instrumento carece de la nota de su registro, formalidad indispensable para que pueda tener mérito probatorio, al tenor de lo que dispone el artículo 2673, en armonía con el ordinal 10º del artículo 2652 del C. C.

En cuanto a la ilegitimidad de la personería de la parte demandante, el excepcionante, señor Velásquez J., no ha indicado el hecho que informe tal excepción, ni la Sala encuentra en el proceso ninguno que la determine, probado como está que los actores fueron socios de la compañía colectiva, y que, como tales, son subsidiariamente responsables de las obligaciones sociales legalmente contraídas, de donde resulta evidente el interés jurídico de los demandantes para que se declare inexistente o nula la hipoteca que bajo la razón social contrajo el administrador de la sociedad, sin autorización especial y contra la prohibición legal de ejecutar dicho acto.

La ineptitud sustantiva de la demanda se funda, según el respectivo excepcionante, en la misma razón en que apoya la ilegitimidad de la personería de la parte demandada, esto es, en la cesión del crédito por la mayor parte de los demandados, que ya quedó eliminada.

Finalmente, la prescripción de la acción se descarta con la sola consideración de que la hipoteca se registró el 20 de abril de 1925, y la demanda le fue notificada a la excepcionante, señora Cecilia Velásquez de Jaramillo, el 22 de enero de 1945, es decir, antes de vencerse el plazo de la acción (artículos 2539, 2524 C. C., y 2º Ley 50 de 1936).

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, CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha 8 de julio de 1948, y, revocando la de primera instancia, falla así este pleito:

Primero.—No están probadas las excepciones.

Segundo.—El señor Ricardo Velásquez J. carecía de facultad legal, en su carácter de administrador de la Sociedad "Paláu, Velásquez & Cía.", para asegurar con gravamen hipotecario sobre bienes de la Sociedad y de los socios, las obligaciones contraídas a nombre de dicha Sociedad.

Tercero.—El señor Ricardo Velásquez J. carecía de facultad legal para constituir el gravamen hipotecario que consta en la escritura 343 de 17 de abril de 1925, de la Notaría 2ª de Cali, para garantizar el crédito que por dicho instrumento se reconoció a doña Ester Urdinola viuda de Velásquez, sobre el inmueble descrito en la misma escritura, que en la fecha expresada poseían en común la Sociedad de "Paláu, Velásquez & Cía." y Susana Velásquez de Paláu, Francisco A., Eduardo, Alfonso y Alberto Paláu Bustamante.

Cuarto. — Por tanto, carece de eficacia legal el expresado gravamen hipotecario, del cual está libre el inmueble de que trata la anterior declaración.

Quinto.—Ni la Sociedad de "Paláu, Velásquez & Cía.", ni los señores Francisco A. (hoy sus herederos), Eduardo, Alfonso y Alberto Paláu están obligados a responder, con el inmueble materia de la hipoteca referida y por razón de dicho gravamen, de las obligaciones que por medio de la citada escritura 343 contrajo el señor Ricardo Velásquez J., a nombre de "Paláu, Velásquez & Cía." y en favor de la señora Ester Urdinola viuda de Velásquez.

Sexto.—Ordénase la cancelación de la escritura 343 de 17 de abril de 1925, de la Notaría 2ª de Cali, en cuanto a la constitución del gravamen hipotecario se refiere, y la cancelación del registro de la misma escritura en el Libro de Anotación de Hipotecas, para lo cual el Juez del conocimiento oficiará a los respectivos Notario y Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

Séptimo. — Se condena en las costas de ambas instancias a la parte demandada.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. — Emilio Prieto, Oficial Mayor en pppdad.

ACUMULACION OBJETIVA Y ACUMULACION SUBJETIVA DE ACCIONES.—SALVO ALGUNOS CASOS, LOS LITISCONSORTES PERMANECEN INDEPENDIENTES UNOS DE OTROS EN LO QUE SE REFIERE A LA GESTION DEL PROCESO, AUNQUE LA PRUEBA APORTADA POR UNO, DE HECHO APROVECHA A LOS OTROS. LA INCLUSION INDEBIDA DE UN CREDITO COMO CARGA DE LA MORTUORIA, EN LA DILIGENCIA DE INVENTARIOS, NO ES CAUSA DE NULIDAD DE ESTA DILIGENCIA

1.—Fundamentalmente, los litisconsortes permanecen independientes unos de otros, en lo que a la gestión del proceso se refiere. Los actos de uno no redundan ni en provecho ni en perjuicio de los demás, aunque, naturalmente, la prueba aportada por uno, de hecho aprovecha a los otros. Si, por ejemplo, de dos demandados uno admite las afirmaciones del actor y el otro las discute, el hecho queda fuéra de duda para el primero, pero no para el segundo, hasta tanto no sea probado frente a él; si uno reconoce la acción del actor y el otro la discute, se dicta para el primero una sentencia de reconocimiento, pero para el segundo, no. Del mismo modo, la sentencia que recaiga para todos los litis consortes, puede adquirir la fuerza de cosa juzgada frente a aquel que se conforma con ella, en tanto que, con respecto a los demás, queda sometida a la suerte de la apelación o del recurso interpuesto. Este caso de litisconsorcio hasta aquí explicado, que es el normal, se llama litisconsorcio simple.

La independencia entre los litis consortes, que se acaba de plantear, no tiene efectividad en dos grupos de casos: en primer lugar, existen en derecho civil acciones que sólo pueden hacerse valer y obligaciones que sólo pueden cumplirse por varios en común. Si aquí los procesos incoados por una demanda común, pudiesen o debiesen seguir su curso por separado, no podrían llevar aisladamente al fin deseado, pues el ejercicio de la acción por uno o contra uno, es imposible en este caso; tal sucedería, por ejemplo, si varios socios litigan con un tercero en declaración de que la cosa que éste pretenda o detenta, pertenece al patrimonio social. De otra parte, hay casos en los cuales la resolución ha de ser del mismo tenor para todos los litis consortes; por ejemplo, varios herederos demandan la nulidad de un acto simulado de su causante que los perjudica, pues lesiona su derecho herencial, la cuestión litigiosa tiene que resolverse afirmativa o negativamente, frente a todos los demandantes.

2.—Ha dicho la Corte: "La ley no abre la vía de la nulidad de la diligencia de inventarios, la cual es simplemente una relación de los bienes relictos, que no quita, ni confiere derechos". (G. J., Tomo 47, pág. 31).

La inclusión indebida, si fuera el caso, de un crédito como carga de la mortuoria, no está erigida, pues, en causal de nulidad. Cuando el interesado ha tenido a su disposición el derecho de impugnar, su silencio entraña aquiescencia del acto.

Si se ha comprendido entre las deudas del causante un crédito ya cubierto, o que en alguna forma no se adeuda, otros recursos conceden las leyes para rechazarlo, cuando se ha dejado de hacerlo en la oportunidad debida, o se advierte con posterioridad un motivo que justifique su impugnación.

3.—Lo que la ley se ha propuseto en el caso del artículo 370 del C. J., es que no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener quien lo asista después de su muerte, no puede hacer valer sus derechos, ni defenderse, según le corresponda, y, por ello, el Juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción. Pero esta nulidad sólo es posible cuando se ha continuado el pleito después de la muerte del litigante que no tenía apoderado constituído en el juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Por el hecho del matrimonio, Valerio Oliveros y Silveria Quintero contrajeron sociedad conyugal de bienes, la cual se disolvió por el fallecimiento de la esposa, acaecido en el año de mil novecientos treinta y tres (1933). Esto originó la liquidación de la sociedad existente entre los cónyuges y la adjudicación de la cuota herencial a las hijas habidas en el matrimonio: Concepción Oliveros de Mora y Ester Oliveros, esposa esta última de Alejandro Garay.

Dos órdenes de hechos de índole muy diversa han dado margen al presente litigio, con motivo de la liquidación de la mortuoria de doña Silveria.

a) La hija Ester, hoy señora de Garay, sostiene que en los inventarios y avalúos se incluyeron bienes de su exclusiva pertenencia y que éstos, al hacerse la distribución herencial, se le dieron en pago de sus derechos. De tal manera que, siendo la cosa adjudicada un bien propio, quedó privada del haber sucesoral. También sostiene que se incluyeron como deudas de la causante, ciertos créditos a favor del cónyuge sobreviviente, los cuales carecen de existencia real, perjudicándola de igual manera.

b) Durante el juicio de sucesión falleció la otra heredera, señora Concepción Oliveros, lo cual era motivo legal para la suspensión de términos; sin embargo, no se hizo así, ni se efectuó emplazamiento, al decir de los demandantes, ni se nombró curador *ad-litem* a los menores impúberes hijos de tal señora, que se denominan: María Juanita Mora Oliveros, Ana Victoria Mora Oliveros y Luis Angel Mora Oliveros, quienes "por derecho de transmisión debían recoger la herencia de doña Silveria". La nombrada María Juanita vendió sus derechos a los cónyuges Ester Oliveros y Alejandro Garay. A la menor Ana Victoria Mora Oliveros, se le designó curador.

Con base en los hechos que se dejan enunciados, el doctor Rómulo González, en su carácter de apoderado de Alejandro Garay, cesionario de los derechos que en la sucesión de doña Silveria pudieran corresponder a María Juanita Mora Oliveros, como mandatario de la señora Ester Oliveros de Garay y como curador *ad-litem* de la menor Ana Victoria Mora Oliveros, demanda en juicio ordinario "a la sociedad conyugal formada por Valerio Oliveros y Silveria Quintero, disuelta —dice— por muerte de la señora Quintero", y también al menor Luis Angel Mora Oliveros, en su carácter de hijo legítimo de Concepción Oliveros y herederos en la sucesión de doña Silveria, para lo siguiente:

Primero.—Para que se excluyan de los inventarios en la sucesión de doña Silveria, ciertos bienes que fueron indebidamente comprendidos en los herenciales, por ser ellos de propiedad de la demandante, señora de Garay; que como consecuencia, se declare nula por haber dejado sin herencia a la referida señora, "o sin el valor de su legítima a que tenía derecho", la partición de los bienes verificada en la mortuoria de Silveria Quintero de Oliveros. Que en subsidio, se rescinda la partición por lesión enorme y que se excluyan de los inventarios ciertos créditos, que ascienden a cuatro mil quinientos veintisiete pesos y diez y siete centavos ($ 4.527.17) reconocidos al cónyuge sobreviviente, señor Valerio Oliveros.

Segundo.—Que se declare que "el juicio de sucesión de Silveria Quintero de Oliveros está afectado de nulidad sustantiva desde el 10 de julio de 1939", fecha en la cual falleció la heredera Concepción Oliveros, por haber quedado suspendidos los términos y no haberse hecho la citación, ni emplazamiento legales, ni nombrado curador a los representantes de dicha heredera, como son: María Juanita, Ana Victoria y Luis Angel Mora Oliveros, ni adjudicado a éstos, en la distribución de bienes, lo que les corresponde.

El Juez del conocimiento falló, declarando probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de las partes, y absolviendo, en consecuencia, a los demandados.

La sentencia recurrida

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a quien fueron remitidos los autos a virtud de la apelación interpuesta por los demandantes, pronunció sentencia con fecha catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en la cual se confirma la de primer grado.

Contra esta nueva decisión desfavorable, los demandantes interpusieron recurso de casación, que sustanciado en forma debida, se pasa a decidir.

Encuentra el sentenciador demostrada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada, por cuanto se pidió la nulidad del juicio de sucesión de la señora Silveria Quintero de Oliveros, por el señor Alejandro Garay, como cesionario de la señorita María Juanita Mora Oliveros y por Ana Victoria Mora Oliveros, en su calidad ambas de hijas legítimas de doña Concepción Oliveros de Mora, hija, a su vez, de la nom-

brada Silveria. Dice que la llamada María Juanita, al transmitir sus derechos en la mortuoria de su abuela, declara hacerlo como hija legítima de Concepción Oliveros y Cándido Mora, y que este mismo estado civil reclama para su representada Ana Victoria, su curador *ad-litem*, doctor Rómulo González; que para demostrar el carácter con que actúan en el juicio, se presentó copia de la partida de origen eclesiático que antes de la vigencia de la ley 92 de 1938, era prueba suficiente, la cual debía inscribirse en los libros parroquiales, de acuerdo con las prescripciones canónicas, sin que la ley civil pudiera intervenir en forma alguna para reglamentar su confección; que en tal partida, aparece que los contrayentes Concepción y Cándido Mora señalaron como hijos habidos antes del matrimonio, a las nombradas María Juanita y Ana Victoria, pero que la respectiva acta no fue firmada por los contrayentes.

Hace luego un detenido estudio, para concluir que desde 1913 en adelante, la Corte ha sentado la tesis de que para que la legitimación por el subsiguiente matrimonio de los padres, sea válida, se requiere como cuestión esencial, que la respectiva acta de matrimonio en que el beneficio se consagra, sea firmada por quienes hacen la declaración.

Concluye el sentenciador expresando que "desde el año de 1913 en adelante las actas de matrimonio católico cuando se legitiman hijos, deben ser firmadas también por los contrayentes. No estándolo, no es posible considerar que el fenómeno de la legitimación se haya consumado legalmente, y no habiendo legitimación, los pretendidos hijos legitimados, carecen de los derechos de hijos legítimos".

Al examinar la demanda propuesta por la señora de Garay para que se excluyan de la partición unos bienes y se anule ésta por habérsele adjudicado en pago de su haber herencial, un bien propio y determinar la personería de esta litigante, dice: "En cuanto a la señora Ester Oliveros de Garay, por lo que hace a su calidad de hija legítima de la causante señora Silveria Quintero, no hay ningún problema, pues su estado civil está bien acreditado en el juicio".

Anota que, no obstante que la señora Oliveros de Garay demanda como cesionaria de María Juanita, también pide en su propio nombre la exclusión de unos bienes de su propiedad en la mortuoria de doña Silveria, y encuentra que "hay verdadera solidaridad procesal para pedir, pues basta para convencerse de ello, fijarse en el modo como se ha pedido". Agrega que "todos piden en representación de la herencia de Silveria Quintero y para la herencia".

Termina expresando que por estar demostrada la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandante, no hay necesidad de entrar en el estudio de fondo del negocio, limitándose a declarar la excepción que considera establecida.

En desacuerdo con lo resuelto por el Tribunal, recurrieron en casación los diversos demandantes.

El recurso

Con fundamento en el artículo 520 del C. J., se proponen varios cargos contra la sentencia en estudio, de los cuales encuentra la Sala demostrado el que a continuación se expresa, dejando de estudiar los restantes, autorizada por el artículo 538 del C. J.

Inicia sus reparos el recurrente, haciendo una exposición sobre la figura jurídica de la acumulación de acciones, para concluir que, del hecho de hallar demostrada la excepción de ilegitimidad de personería sustantiva con respecto de la demanda propuesta por el cesionario de María Juanita Oliveros y por su hermana, no es razón suficiente para dejar de estudiar la seguida por doña Ester de Garay.

Dice que esta señora, como hija y heredera de Silveria Quintero de Oliveros, entabló por medio de apoderado la acción de rescisión de la partición verificada en el juicio mortuorio de doña Silveria, por cuanto se le privó de su legítima, o sea, se le lesionó en su derecho, toda vez que se le adjudicó un bien que no es de la mortuoria, sino de propiedad exclusiva de la demandante. Que para corregir este error, demanda, como es obvio, que se declare excluída de los inventarios la zona de terreno que se inventarió en la partida quinta, en la sucesión de Silveria Quintero, por ser de su pertenencia, y exige a la vez, la exclusión de ciertos créditos, inventariados como deudas herenciales, a favor del cónyuge sobreviviente.

Que la segunda acción tiene el siguiente fundamento: que María Juanita y Ana Victoria Mora Oliveros son hijas de Concepción; ésta a su turno lo es de Silveria Quintero de Oliveros. Que como Concepción Oliveros de Mora falleció, sus expresadas hijas, que son nietas de la causante, vienen "a recoger la herencia de ésta, en representación de Concepción Oliveros". Que como las mismas no fueron citadas en la sucesión de Silveria, "tienen

derecho a pedir la nulidad de ese juicio y de la partición porque no intervinieron en él".

Que hubo desde el principio acumulación de acciones, lo cual está permitido por el artículo 209 del C. J. y que en el caso procede, porque el Juez de Neiva es el competente para conocer de las propuestas, que se pueden sustanciar bajo una misma cuerda, por no ser contradictorias entre sí.

Sostiene que "existe un solo objetivo de rescisión de la partición verificada en el juicio de sucesión de Silveria, rescisión motivada por haber sido excluída una de las herederas, Ester, y por no haberse citado a las nietas de Siveria".

Que ésto dá base para que "existan las dos acciones ejercitadas en la demanda".

Agrega que hay pluralidad en los demandantes, porque en una acción, es Ester Oliveros de Garay quien pide en nombre propio y como hija de Silveria, y en la otra, la misma Ester y su marido quienes demandan como cesionarios de una nieta de Silveria, y lo hace también Ana Victoria, que forma una sola parte con María Juanita, como nietas de Silveria de Oliveros. Que en la parte demandada no hay pluralidad, sino unidad, porque está constituída por Valerio Oliveros, cónyuge sobreviviente de Silveria y por un heredero de ésta, o sea, Luis Angel Mora Oliveros, nieto también de doña Silveria. Que el asunto de acumulación de acciones fué ampliamente estudiado por la Corte, en sentencia de treinta de marzo de mil novecientos treinta y seis (1936) (G. J., Tomo , pág.) reproducida en providencia de treinta de abril de mil novecientos treinta y siete (1937), en la GACETA JUDICIAL, Tomo 45, Nº 1924 página

Que no se encuentra en los casos de acumulación que pueden presentarse, la llamada por el juzgador "acumulación solidaria o de acciones solidarias", que "inventó el Tribunal de Neiva", porque no existen acciones de tal índole. Que la solidaridad nada tiene que ver en asuntos procedimentales referentes a la acumulación de acciones. Que pueden existir acciones conexas, alternativas, eventuales, o subordinadas. Que puede presentarse la acumulación de acciones desde el punto de vista objetivo o subjetivo, o combinados estos dos elementos; que pueden señalarse hasta acciones contradictorias y aún excluyentes, *pero no hay acciones solidarias*. Que cuando hay acumulación de acciones porque una de ellas triunfe, no puede inferirse lógicamente que la otra ha de triunfar; ni cuando una de ellas se rechace, se pueda concluír que deban rechazarse *por solidaridad* las demás, puesto que cada acción forma una entidad legal, jurídicamente distinta, y la única excepción es cuando la una es consecuencia de la otra, tal en la reivindicatoria, en que se pide la entrega de la cosa como resultado o efecto de la declaración de dominio. Si la de dominio no prospera, tampoco la de entrega, porque ésta es emanación de aquélla.

Pero que cuando las acciones no son consecuenciales, constituyen entidades legales distintas y la suerte de la una no está ligada a la de la otra, pues, repite, *no hay solidaridad en las acciones*.

Expresa que el Tribunal interpretó erradamente la demanda, cuando considera que las diversas personas que integran la parte demandante, "piden en representación de la herencia de Silveria Quintero, y para la herencia", de donde deduce la solidaridad procesal de la parte actora.

Basta leer la demanda —dice— para comprender que la demandante Ester habla en su propio nombre y como propietaria de un inmueble indebidamente inventariado, del cual pide su exclusión del haber sucesoral.

Que al suplicar la misma Ester y su marido señor Garay "la nulidad del juicio de sucesión de Silveria Quintero de Oliveros, demandaron a Luis Angel Mora Oliveros y al cónyuge sobreviviente señor Valerio, como representantes, el primero de la herencia y el segundo de la sociedad conyugal", y que tal solicitud la hicieron como herederos y para la herencia, y que en el mismo carácter demanda Ana Victoria.

El error —agrega— en que incurrió el Tribunal en la interpretación de la demanda, "es un doble error, de hecho y de derecho que lo llevó a dejar de apreciar ciertas pruebas", que señala, y a aplicar las disposiciones pertinentes al caso del pleito.

Acusa como violados, los siguientes artículos: 1405, 1388, 1226, 1239, 1240, 1250 del C. C.; artículos 18 y 22 de la ley 45 de 1936; 207, 209, 219, 222, 367 y 370 del C. J.; 1º de la ley 28 de 1936. Dice que violó las disposiciones sustantivas, por no haberlas aplicado al caso del pleito, y las procedimentales, no sólo por no haberlas aplicado, sino por interpretación errónea de sus preceptos.

Termina, en definitiva, solicitando la casación de la sentencia recurrida y que en su lugar se proceda a fallar las demandas acumuladas.

Se considera:

Por regla general, para cada acción se sigue un proceso independiente. Pero, según el Código Judicial, es admisible una pluralidad de acciones dentro de una unidad de procedimiento, o sea para

decidir en un mismo juicio varias acciones, cuando están en conexión entre sí. Por acumulación se entiende el ejercicio, uso o unión de varias acciones en una demanda, para ventilarlas a la vez en un solo juicio, o la agregación de dos o más procesos, a fin de que viniendo a formar uno solo, se continúen y decidan en un mismo fallo. El fundamento de ambas acumulaciones descansa en el interés de los litigantes y en interés público.

La acumulación de acciones puede asumir dos formas, según se unan objetos o sujetos, es decir, según verse sobre extremos reales o personales, recibiendo en el primer caso el nombre de objetiva, y en el segundo de subjetiva. Nuestra ley de enjuiciamiento civil reglamenta la primera en el artículo 209, precepto según el cual pueden proponerse varias acciones en una misma demanda, dentro de ciertas condiciones. La hermenéutica y la doctrina han concluído que este linaje de acumulación real no puede efectuarse sino entre las mismas partes, por cuanto, conforme a la naturaleza del fenómeno procesal que se menciona, no se trata de unir sujetos, sino objetos.

La acumulación subjetiva permite que se verifique el fenómeno contrario, o sea, el de diversidad de personas enfrente de la unidad del objeto, lo cual se manifiesta en las cinco grandes formas que puede asumir esta índole de acumulación: la litis consorcio, litis denunciación, intervención principal voluntaria o forzada de terceros, intervención adhesiva y acumulación de autos. Las características de cada una de estas especies señala una diferencia profunda entre el fundamento de la acumulación objetiva y el de la subjetiva. Mientras la primera tiende sólo a la realización del principio conocido con el nombre de economía procesal, enderezada al logro del mayor resultado con el mínimun de ejercicio jurisdiccional, la segunda, en atención a la eficacia de la cosa juzgada, obedece a la necesidad de evitar la colisión de fallos, o en otras palabras, a que no se divida la continencia de la causa (Art. 397 del C. J.).

Fundamentalmente, los litis consortes permanecen independientes unos de otros, en lo que a la gestión del proceso se refiere. Los actos de uno no redundan, ni en provecho, ni en perjuicio de los demás, aunque, naturalmente, la prueba aportada por uno, de hecho aprovecha a los otros. Si, por ejemplo, de dos demandados, uno admite las afirmaciones del actor y el otro las discute, el hecho queda fuera de duda para el primero, pero no para el segundo, hasta tanto no sea probado frente a él; si uno reconoce la acción del actor y el otro la discute, se dicta para el primero una sentencia de reconocimiento, pero para el segundo, no. Del mismo modo, la sentencia que recaiga para todos los litis consortes, puede adquirir la fuerza de cosa juzgada frente a aquel que se conforma con ella, en tanto que, con respecto a los demás, queda sometida a la suerte de la apelación o del recurso interpuesto. Este caso de litis-consorcio hasta aquí explicado, que es el normal, se llama litis-consorcio simple.

La independencia entre los litis-consortes, que se acaba de plantear, no tiene efectividad en dos grupos de casos: En primer lugar, existen en derecho civil acciones que sólo pueden hacerse valer y obligaciones que sólo pueden cumplirse por varios en común. Si aquí los procesos incoados por una demanda común, pudiesen o debiesen seguir su curso por separado, no podrían llevar aisladamente al fin deseado, pues el ejercicio de la acción por uno o contra uno, es imposible en este caso; tal sucedería, por ejemplo, si varios socios litigan con un tercero en declaración de que la cosa que éste pretenda o detenta, pertenece al patrimonio social. De otra parte, hay casos en los cuales la resolución ha de ser del mismo tenor para todos los litis consortes; por ejemplo, varios herederos demandan la nulidad de un acto simulado de su causante que los perjudica, pues lesiona su derecho herencial, la cuestión litigiosa tiene que resolverse afirmativa o negativamente, frente a todos los demandantes.

En el presente caso, no se trata de acciones de esta naturaleza; ha debido fallarse, pues, cada una de las propuestas.

Los artículos 1388 y 1405 del C. C., permiten al copartícipe a quien se ha adjudicado como herencia un bien que le pertenece, ocurrir ante la justicia ordinaria para que se le entregue su hijuela con la cantidad de bienes herenciales que le corresponde. En el presente asunto, el error del Tribunal lo llevó a abstenerse de entrar al fondo de la cuestión, por entender que la ilegitimidad de personería de uno o varios de los colitigantes en las acciones acumuladas por solidaridad procesal, le impedía entrar a decidir sobre las demás acciones entabladas, llegando, por tal razón, a absolver a los demandados de todos los cargos propuestos, siendo así que las acciones eran diversas, y sus proponentes también distintos, unidos sólo por una causa común: la nulidad de la partición suplicada por los herederos Mora Oliveros, para que se les adjudique lo que por ley les corresponde, como hijos de una de las llamadas a la sucesión de doña Silveria, fallecida antes de liquidarse la causa mor-

tuoria de ésta; y la nulidad de la misma, impetrada por la señora Ester de Garay, como hija de la causante, para que se le cubra su legítima, al tenor de los artículos 1226, 1239, 1240 y 1250 del Código Civil, disposiciones que determinan cuáles son las asignaciones forzosas, quiénes son legitimarios, qué se entiende por legítima, y la regla de su adjudicación exenta de condición, plazo, modo o gravamen alguno.

Por consiguiente, el error del Tribunal lo llevó a la violación de los expresados artículos 1388, 1226, 1239, 1240, 1250 y 1405 del C. C., en el concepto en que se ha expresado; y el artículo 209 del C. J., que permite el ejercicio acumulado de varias acciones, en los términos señalados por la ley y la jurisprudencia.

Por lo expuesto, la sentencia se ha de casar y la Sala entra al estudio de las acciones instauradas.

A) La señora de Garay demanda la nulidad de la partición, porque se le adjudicó un bien propio. Como prueba de ello, presenta con la demanda la escritura número 240 de cinco de junio de 1930, de la Notaría Primera de Neiva, debidamente registrada, por la cual Valerio Oliveros le hace donación gratuita de "un globo de terreno de sabana que hizo parte del lote Nº 1 adjudicado en la división judicial del predio común de tierra llamado "Guasimal" o "Manga", bienes adquiridos por don Valerio, por compra a Manuel Buendía, según escritura 104 de 28 de febrero de 1930; por consiguiente, era de aplicación el artículo 1256 del C. C., que dice: "Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico, aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora".

Cosa que en ninguna forma aparece demostrada en el presente juicio. Se argumenta que siendo la causante la señora Silveria y el donante su esposo, se imputarán los bienes donados a la legítima de la reclamante, cuando llegue la oportunidad de liquidar la sucesión de don Valerio. Pero sucede que se trata de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, donado durante su vigencia a uno de los herederos, por quien ejercía para entonces la gerencia única de la sociedad conyugal, con facultades de disponer de los bienes sociales, como si fueran propios; mas esa ficción legal no impide considerar la efectividad de la situación de los bienes de los cuales se dispuso, y en consecuencia, en el momento de liquidar la sociedad conyugal por muerte de la esposa, imputar a la legítima del heredero a quien se le hubieren donado bienes sociales, los que por tal motivo han salido del patrimonio común para acrecentar el particular del heredero beneficiado con la donación. No está, por lo demás, demostrado que tal donación lo fuera a título de mejora (arts. 1806 y 1256 del C. C.).

Por consiguiente, carece de derecho la reclamante para demandar la nulidad de la partición en la mortuoria de doña Silveria de Oliveros.

B) Por las mismas razones apuntadas, no cabe la acción de rescisión de la partición, por lesión enorme, en la adjudicación herencial hecha a la demandante, y que subsidiariamente se invoca.

C) En cuanto a la exclusión del pasivo de los inventarios practicados en la mortuoria de doña Silveria, de ciertos créditos reconocidos a favor del señor Valerio Oliveros, se observa lo siguiente: El artículo 941 del Código Judicial dispone que deben incluírse en los inventarios las deudas del causante que consten en instrumento que preste mérito ejecutivo, y aquellas que, no teniendo esa calidad, sean aceptadas o reconocidas, expresa o tácitamente, por los herederos, dentro de tres días del traslado que se les dé de la petición del acreedor.

Los créditos cuya exclusión se pide en el presente juicio ordinario, fueron comprendidos en los inventarios a solicitud del cónyuge sobreviviente, y de la respectiva diligencia se corrió traslado a las partes, y éstas guardaron silencio. Hubo, pues, aquiescencia tácita en la inclusión de los referidos créditos en el pasivo sucesoral (GACETA JUDICIAL, Tomo 59, pág. 760).

Por otra parte, decretada la partición, el partidor señaló, como era su deber, ciertos bienes para el pago de las deudas sucesorales, al tenor de los artículos 1393 y 1394 del C. C.; de este trabajo se corrió también traslado a las partes, y la señora Oliveros de Garay, quien ahora reclama, guardó silencio; sólo fué objetada la partición por el cónyuge sobreviviente y por la heredera Concepción Oliveros de Mora, por causas distintas a las alegadas con respecto a los créditos; por consiguiente, ha de entenderse que los copartícipes aceptaron que las deudas sucesorales se cubrieran en la forma en que se dispuso.

La reclamación aludida ha debido hacerse en el acto de practicarse la diligencia de inventarios y avalúos, o al contestar el traslado de los inventarios, ya que el trabajo de distribución tenía forzosamente que ajustarse a esa situación reconocida.

Todo acto procesal puede ser impugnado con el fin de obtenerse su revocación; pero sólo puede ser invalidado como nulo, por especiales vicios.

La ley, ha dicho esta Corte, no abre la vía de la nulidad de la diligencia de inventarios, la cual es simplemente una relación de los bienes relictos, que no quita, ni confiere derechos (G. J., Tomo 47, pág. 31).

La inclusión indebida, si fuera el caso, de un crédito como carga de la mortuoria, no está erigida, pues, en causal de nulidad. Cuando el interesado ha tenido a su disposición el derecho de impugnar, su silencio entraña aquiescencia del acto.

Si se ha comprendido entre las deudas del causante un crédito ya cubierto, o que en alguna forma no se adeuda, otros recursos conceden las leyes para rechazarlo cuando se ha dejado de hacerlo en la oportunidad debida, o se advierte con posterioridad un motivo que justifique su impugnación.

Se declara, pues, que no hay lugar a decretar lo pedido.

D) Acción de nulidad de la partición propuesta por los herederos de la señora Concepción Oliveros de Mora.

La Corte considera suficientes las razones expuestas por el Tribunal, para desechar la acción entablada por el curador de la señorita Ana Victoria, lo mismo que por los cesionarios de su hermana María Juanita, para que se les tenga como hijas legítimas de Concepción Oliveros de Mora y Cándido Mora, por cuanto dichos peticionarios nacieron antes de contraer matrimonio sus padres, y si bien es cierto que el señor Cura Párroco que casó a doña Concepción y al señor Mora, hizo constar que los nombrados designaban como sus hijos habidos antes del matrimonio, a los indicados, tal acta carece de la firma de los contrayentes, requisito esencial exigido por el derecho canónico, según la Conferencia Episcopal de 1913, lo que hace ineficaz la prueba de la legitimación.

Esta doctrina está consagrada en los siguientes fallos de esta Corte:

Casación de 31 de julio de 1924. G. J., Tomo XXXI. págs. 94 y 96.

Casación de 31 de octubre de 1934, G. J. número 1895, págs. 69 y 70.

Casación de 2 de mayo de 1942, G. J. número 1989, pág. 73.

Es de anotar que, si no está demostrada la calidad de hijos legitimados de Ana Victoria y María Juanita con respecto de la heredera Concepción Oliveros de Mora, sí está probado con las respectivas partidas de estado civil, que son hijas naturales de doña Concepción, y por lo mismo, habiendo fallecido ésta, luego de haber aceptado la herencia de doña Silveria y de hacerse parte en el juicio, las nombradas hijas naturales vienen a ocupar, en asocio de su hermano, el puesto que a aquélla correspondía en la sucesión de su madre legítima.

E) El cesionario de los derechos de María Juanita y el representante de la menor Ana Victoria solicitan la nulidad del juicio de sucesión de doña Silveria Quintero de Oliveros, a partir del primero de julio de 1939, fecha en que murió la señora Oliveros de Mora, madre natural de las citadas Ana Victoria y María Juanita, por cuanto habiendo fallecido la madre de las mismas, una de las partes en la mortuoria de doña Silveria, se continuó el juicio, no obstante haber quedado suspendidos los términos, al tenor del artículo 370 del C. J. y no haberse hecho la citación, ni emplazamiento legales, ni nombrado curador a las mentadas hijas de doña Concepción, a pesar de ser menores de edad; y que como resultado de la nulidad que demandan, exigen que todos los bienes que figuraron en la partición, se reintegren a la herencia o sucesión ilíquida, etc., de doña Silveria.

Se considera:

Lo que la ley se ha propuesto en el caso del artículo 370 del C. J., es que no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener quien lo asista después de su muerte, no puede hacer valer sus derechos, ni defenderse según le corresponda, y por ello, el Juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción. Pero esta nulidad sólo es posible cuando se ha continuado el pleito después de la muerte del litigante que no tenía apoderado constituído en el juicio.

Mas, de las pruebas aportadas al litigio, no se puede deducir la forma como vino obrando la heredera que luego falleció. Se trajeron copias de diversas piezas de actuaciones en la causa mortuoria: copia de los inventarios, copia de la partición, del auto que declaró la posesión efectiva de la herencia, de las objeciones propuestas a la partición, y a la actuación continuada hasta la decisión de la Corte con respecto a las mismas objeciones, pero en ninguna parte aparece la forma como la heredera Concepción venía gestionando en el proceso: si personalmente, o por medio de apoderado. Hay constancia de que el señor Garay se hizo reconocer como cesionario de los derechos de María Juanita en la mortuoria de doña Silveria, mas no aparece qué ac-

tividad tuvo con respecto a los derechos que le asistían en el juicio.

La falta de elementos de prueba obliga a la Corte a absolver a los demandados, porque bien se pudo presentar la copia continuada del juicio de sucesión, para saber que a la señora Concepción se le notificó personalmente la demanda de apertura de la sucesión y se le emplazó en el proceso, de que la providencia que decretó la partición, también le fue notificada en persona y con la copia seguida del juicio, hasta su final, quedaría establecido que había actuado directamente y no por medio de apoderado y que, por consiguiente, era el caso de suspenderse la actuación, mientras se notificaba a los herederos.

Lo dicho es suficiente para absolver a los demandados en las diversas acciones propuestas, de los cargos aducidos.

SENTENCIA:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, de fecha catorce de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve; y ABSUELVE a los demandados de todos los cargos propuestos en la demanda.

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

Pablo Emilio Manotas. — Gualberto Rodríguez Peña. — Manuel José Vargas. — Conjuez: **Ramón Miranda.**—El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION DE RENDICION DE CUENTAS. — TECNICA DE CASACION. — CAUSALES PRIMERA, SEGUNDA Y SEPTIMA. — ESTA ULTIMA CAUSAL ES IMPROCEDENTE CUANDO EL TRIBUNAL SOLO DEJA DE DECIDIR SOBRE UNO DE LOS EXTREMOS O CUESTIONES SOBRE QUE TRATO LA CONTROVERSIA

1.—El motivo de casación establecido y definido en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es precisamente el de violación de ley sustantiva.

2. — La jurisprudencia de la Corte ha sido constante al sostener que la errónea apreciación de prueba no es por sí sola causal de casación y que al recurrente no le basta en este recurso extraordinario alegar y aún demostrar el error, sino que debe pasar más adelante, citando la ley sustantiva que en consecuencia resultare violada y destacando la incidencia del cargo en la parte resolutiva de la sentencia.

3.—El séptimo de los motivos de casación sólo es operante cuando el Tribunal se abstiene de conocer de un asunto que jurisdiccionalmente le está atribuído, y sin embargo, así lo declara expresamente en su fallo, aduciendo su propia incompetencia para conocer de él; empero la alegación de esa causal es improcedente cuando lo que ocurre es que la sentencia sólo deja de decidir sobre uno de los extremos o cuestiones sobre que se trabó la controversia, pues entonces el motivo de casación que es pertinente, es el previsto por el numeral 2º del artículo 520 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

La señora Josefina Parga de Reyes, mujer, mayor de edad y vecina de Bogotá, por medio de apoderado legalmente constituído, demandó ante el Juez Civil del Circuito de Pacho al señor Miguel Díaz Jiménez para que por los trámites que consagra el Título XXXVIII del Libro 2º del C. J., y en apoyo del Título 28, Libro 4º del C. C., se ordenara al demandado la rendición de cuentas a que estaba obligado en su carácter de parcelador y administrador de la Hacienda "Santa Inés", de propiedad de la demandante, y con base en un documento privado que fue adjuntado al correspondiente libelo.

El demandado se opuso a la rendición de las cuentas y propuso las excepciones de declinatoria de jurisdicción, inepta demanda y petición antes de tiempo. El Juzgado falló las excepciones, declarándolas no probadas y ordenó al demandado la rendición de las cuentas que se le pedían dentro del término de quince días contados desde el día siguiente de la ejecutoria del fallo.

Este fue apelado por el demandado y el Tribunal de Bogotá lo confirmó.

Posteriormente el demandado rindió las cuentas, las que aparecen a folios 28 a 32 del cuaderno número 3, junto con los comprobantes correspondientes. Dentro del término del traslado que de tales cuentas se dio a la demandante, ésta las objetó. De las objeciones se dio traslado al demandado, quien no las asintió y el juicio, según lo dispone en estos casos el artículo 1132 del C. J., continuó por el procedimiento ordinario.

Por sentencia que lleva fecha 12 de febrero de 1948, el Juzgado desató la litis en el sentido de dar su aprobación a las cuentas rendidas por el demandado, con algunas modificaciones, y declaró que la actora debía pagar al demandado, dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de la sentencia, la suma de *diez mil ciento sesenta y un pesos con treinta y siete centavos* ($ 10.161.37 m. cte.), valor del saldo que las cuentas aprobadas arrojaban a favor de Díaz Jiménez en el período que abarcaba la rendición de cuentas. Igualmente y como consecuencia de las modificaciones que se hicieron, el Juzgado rechazó algunas partidas tanto de los egresos como de los ingresos y finalmente declaró que no había lugar a condenación en costas (fs. 58 a 65 v., cuaderno número 3).

Ambas partes apelaron del fallo, recurso que les fue concedido.

El Tribunal de Bogotá finalizó la segunda instancia del proceso en sentencia de diez de octubre

de mil novecientos cuarenta y nueve, por medio de la cual reformó la apelada y dispuso lo siguiente:

"*Primero.*—Apruébanse parcialmente las cuentas rendidas por el señor Miguel Díaz Jiménez, en la forma que ha quedado determinada en la parte motiva del presente fallo.

"*Segundo.*—Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena que el señor Miguel Díaz Jiménez debe pagar a la señora Josefina Parga de Reyes, dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria del presente fallo, la suma de *ocho mil setecientos pesos con cuarenta y seis centavos moneda corriente* ($ 8.700.46 m. cte.).

"*Tercero.*—No hay lugar a condenación en costas en la segunda instancia".

Al apoderado de Díaz Jiménez se le concedió recurso de casación, el que sustentado y tramitado se procede a decidir.

Apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., el recurrente propone contra la sentencia los dos cargos que en seguida se compendian:

En el cargo primero y bajo el título de "Error de derecho", dice el recurrente que el Tribunal "infringió directamente la disposición del artículo 1769 del C. C.", cuyo texto transcribe, y en seguida expresa textualmente:

"En su fallo estatuye el Honorable Tribunal refiriéndose a la '*Décima Partida*', que totaliza las sumas suministradas por Miguel Díaz Jiménez, que 'se debían admitir por tratarse de una confesión del demandado y estar catalogadas en la columna del debe o ingresos'.

"Sin embargo de considerar que se trata '*de una confesión del demandado*', no le dio la importancia de tal. Rechazó la partida de $ 15.785.75. La cantidad que la sentencia acepta como ingresos es la de $ 15.986.68, debiendo ser la de $ 31.772.43".

En este mismo cargo se alega también que el Tribunal incurrió en error de hecho en lo relativo a la citada partida décima, al dejar de reconocérsele por concepto de gastos la suma de $ 15.785.75.

En el cargo contenido en el "Capítulo II", dice el recurrente que acusa "la sentencia por interpretación errónea del contrató" en lo que respecta a la cláusula décima del mismo y que mediante ese error el Tribunal "irrogó al mandatario Díaz Jiménez graves perjuicios, desnaturalizó los términos claros y precisos de la convención que ajustó con la propietaria de la finca "Santa Inés".

En la fundamentación del cargo se ocupa el recurrente en expresar las razones que a su juicio demuestran el error, pero no señala disposición legal alguna quebrantada como consecuencia de la equivocación que alega.

Se considera:

Los dos cargos que preceden son claramente ineptos y no pueden prosperar.

La única disposición que en el primero se indica como violada lo es la contenida en el artículo 1769 del Código Civil, que determina el valor probatorio que le corresponde a la confesión judicial, y su quebranto, de haberse producido, no da lugar a la casación del fallo acusado, pues no es una norma sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. Sabido es que el motivo de casación establecido y definido en dicho numeral es precisamente el de violación de ley sustantiva.

En el segundo, no se señala disposición alguna como quebrantada a consecuencia del error de que allí se habla.

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante al sostener que la errónea apreciación de pruebas no es por sí sola causal de casación y que al recurrente no le basta en este recurso extraordinario alegar y aún demostrar el error, sino que debe pasar más adelante, citando la ley sustantiva que en consecuencia resultare violada y destacando la incidencia del cargo en la parte resolutiva de la sentencia. (Casación, Tomo XLVI, pág. 250 y G. J. número 2025, pág. 876).

No prosperan, por tanto, las acusaciones precedentes.

En el "Capítulo III", dice en su demanda el recurrente que acusa la sentencia con apoyo en el motivo 7º del artículo 520 del C. J. y porque el Tribunal "infringió directamente el artículo 2184 del C. C." en su ordinal 3º, y al fundamentar la acusación, dice, en resumen, que el sentenciador nada decidió sobre la partida de $ 8.800.00 incluída en la cuenta por concepto de honorarios del mandatario durante el lapso en que ocurrió el "mandato tácito" de que se habla.

Se considera:

El cargo es contradictorio e infundado. Si el sentenciador nada decidió sobre la cuestión a que se refiere el recurrente es absurdo alegar a la vez que con ello se infringió "directamente" la disposición que se cita, pues la infracción por tal concepto de

una norma legal, sólo se produce cuando la sentencia se profiere contrariando expresamente lo que aquélla establece o dispone.

Además, el séptimo de los motivos de casación sólo es operante cuando el Tribunal se abstiene de conocer de un asunto que jurisdiccionalmente le está atribuído, y sin embargo, así lo declara expresamente en su fallo, aduciendo su propia incompetencia para conocer de él; empero la alegación de esa causal es improcedente cuando lo que ocurre es que —según sostiene el recurrente que sucedió en el caso de autos— la sentencia sólo deja de decidir sobre uno de los extremos o cuestiones sobre que se trabó la controversia, pues entonces el motivo de casación que es pertinente es el previsto en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., que aquí no ha sido alegado.

Se rechaza el cargo.

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 diez (10) de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

ACCION DE SIMULACION. — DIFERENCIA ENTRE LA SIMULACION ABSOLUTA Y LA RELATIVA. — CUANDO EL HEREDERO EJERCE LA ACCION DE SIMULACION, NO COMO CONTINUADOR DE LA PERSONALIDAD DEL CONTRATANTE DIFUNTO, SINO EN FAVOR DE LA HERENCIA O EN SU PROPIO NOMBRE Y COMO PERJUDICADO EN SU DERECHO HEREDITARIO, GOZA DE LOS MISMOS DERECHOS QUE CUALQUIER TERCERO PERJUDICADO, POR LO QUE TOCA CON LAS PRUEBAS PARA DEMOSTRAR LA SIMULAION DEL ACTO APARENTE

1.—Es cierto que los causahabientes de una de las partes de un contrato, tienen también la calidad de partes cuando ocupan su lugar y en su reemplazo ejercitan las acciones que ella hubiera podido promover en relación con dicho contrato. Por eso, cuando el heredero instaura la acción reivindicatoria para recuperar a favor de la sucesión un bien perdido por el causante, está obrando como parte causahabiente de esa relación jurídica. Y en materia de simulación, cuando el causante celebra un acto público u ostensible simulado absolutamente, por el cual transfiere el dominio de un bien a otra persona, como ésta en realidad lo recibe en confianza, es un adquirente ficticio. Si el tradente simulador muere antes de iniciar acción contra el otro contratante para la recuperación de tal bien, el heredero que demanda a éste en representación de la sucesión, ocupa el lugar del causante, ejercita la acción que a él le correspondía. Identifica así su interés y el de la sucesión con el interés y la voluntad del causante, y es por lo tanto parte en el contrato. Como tal, pues, está obligado entonces a presentar uno de los tres medios de prueba mencionados, para triunfar en su empeño.

Pero cosa totalmente distinta ocurre cuando entre el causante —parte en un contrato simulado y el heredero, en su propio nombre o como representante de la sucesión, según ésta se haya liquidado o no—, en vez de existir esa identidad de intereses y voluntades, esa continuidad en su posición contractual, esa sustitución en la titularidad de la misma acción, lo que hay es una contraposición de intereses y una pugna de voluntades. Tal hipótesis aparece siempre que el acto acusado de simulación lo haya ejecutado el causante en fraude o en perjuicio de los derechos que la ley le otorga al heredero.

En tal evento, al impugnar éste el acto simulado, no está haciendo valer la voluntad real y el verdadero consentimiento del causante; por el contrario, está buscando la manera de destruírlos.

En este último caso, el heredero, entonces, no ejercita la acción que el causante hubiera podido y querido ejercitar, sino la acción que el primero hubiera podido enderezar contra el causante mismo, de existir la lesión a un derecho adquirido y no a una simple expectativa herencial en vida de aquél. Ya el heredero y el causante no forman la misma parte en defensa del mismo interés, sino partes contrarias con intereses opuestos. Naturalmente, la acción no debe dirigirla contra la sucesión, sino contra el adquirente ficticio, o sea la otra parte del contrato simulado, porque muerto el causante, el bien así sustraído a la herencia le pertenece a ésta, en el evento de triunfar la pretensión de simulación absoluta o la de simulación relativa adicionada con la de invalidez o ineficacia del contrato real y secreto.

Aparentemente; la sucesión y el heredero en su nombre, ocupan el lugar del causante y ejercitan la acción que a éste le hubiera correspondido. Pero, ahondando el problema, se encuentra que las diferencias sustanciales expuestas, dejan claramente al descubierto la muy distinta posición procesal y jurídico-material del heredero y el causante, que hacen imposible considerar a aquél como parte en ese contrato, realizado precisamente en su perjuicio y en menoscabo de sus derechos.

El mismo interés que tiene un acreedor lesionado por la venta del deudor simulada, es el del heredero en esta situación: también él ha sido defraudado por ese contracto ficticio,

y de ahí que la situación probatoria en que se coloca, sea la de tercero, y no la de parte.

Pero hay otra razón más en defensa de esta tesis: si se exigiera la prueba de confesión o la escrita, o el principio de prueba por escrito, al heredero defraudado por su causante con actos simulados, se haría prácticamente imposible la defensa de aquél. La simulación prevalecería así en el campo legal, por falta de medios para atacarla con éxito en la mayoría de los casos. Es obvio suponer que el causante no va a dejar la prueba escrita de tal simulación, ya que su intención en estos eventos es siempre la de transferir efectivamente el bien a título gratuito, o la de condonar la deuda, aparentando pago o algo similar. La prueba escrita o el principio de prueba que hagan fehaciente tal simulación, no existirán entonces. Y obtener la confesión del demandado que se beneficia con la simulación, es algo menos que imposible.

De modo que la lógica impone concluir que ese heredero debe gozar de la libertad probatoria del tercero perjudicado con el acto ficticio. Conclusión que está de acuerdo con la interpretación que debe darse a las normas probatorias de los Códigos Civil y Judicial, en vista del artículo 472 del C. de Procedimiento. Este precepto ordena a los funcionarios del orden judicial tener en cuenta al proferir sus decisiones "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva", para aplicar con tal criterio las disposiciones sobre pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho. En el caso en estudio, ese derecho reconocido por la ley sustantiva es el del heredero defraudado en su cuota herencial, por el acto cuya simulación se alega. Sería absurdo exigirle la presentación de la prueba que sólo podría suministrarle quien ha querido perjudicarlo. Pero, como es obvio, la libertad probatoria no elimina la exigencia legal de que el demandante demuestre en forma plena, sin dejar la menor duda, la simulación que alega.

Por último, la tesis expuesta no es una innovación en la jurisprudencia de la Corte. Al nes, como puede verse en las sentencias de contrario, ha sido expuesta en varias ocasioros 2099, página 516, y 2107, página 384.

2.—La simulación relativa se caracteriza por casación civil publicadas en la Gaceta núme- la existencia de dos contratos, el aparente u ostensible y el secreto y real, entre los cuales existen diferencias de calidad o naturaleza, de precio o de condiciones, sin que por eso deje de tener el segundo o secreto realidad jurídica, pues de todas maneras se está celebrando un contrato real para producir ciertos efectos jurídicos que, por lo general, coinciden con los del contrato público, no obstante tales diferencias. Así, cuando se simula una donación como venta, los efectos jurídicos perseguidos son iguales: transferir el dominio de los bienes a quien aparece como ficticio comprador; la diferencia está en la naturaleza de los actos, pues mientras el primero se celebra a título oneroso, el segundo tiene como causa una simple liberalidad. Lo mismo puede decirse cuando se simula como renta vitalicia una verdadera donación.

Para que sea posible declarar la simulación relativa, es indispensable demostrar la existencia del contrato secreto o verdadero y formular la solicitud para que así se reconozca en el fallo. Además, si el actor quiere destruir los efectos jurídicos del acto secreto —la transferencia del dominio en la donación simulada, por ejemplo—, es necesario que pida expresamente la declaración de nulidad, o rescisión o invalidez del contrato secreto y real, pues de la simple alegación de su existencia, no puede el fallador deducir una condena en tal sentido.

Cuando la que se alega es la simulación absoluta, la declaración de su existencia es suficiente para que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y verdadero, ya que el contrato simulado no ha producido ningún efecto jurídico.

3.—Ha dicho la Corte: "No es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias una venta simulada que una donación disfrazada de venta. Si se demanda la declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad destructora del convenio aparente, sólo tal pacto oculto debe demostrarse para obtener la declaración judicial que al respecto se haga en el fallo. Pero si de los elementos probatorios aducidos por la parte demandada en su defensa, resulta comprobada la existencia de otra contraestipulación distinta de la simplemente destructora, tal como una dación en pago o una donación, la técnica de esta clase de acción impone la absolución del demandado, como en todos los casos corrientes en que el actor no cumpla

con el deber de comprobar sus pretensiones, para tener derecho a que se le reconozcan en el fallo sus consecuencias jurídicas. Consagrar otra solución, sería otorgarle a las acciones civiles de simulación un carácter inquisitivo sólo compatible con el ejercicio de la acción penal y que, además, destruiría el equilibrio normal en la posición de las partes litigantes y entrañaría un dezplazamiento indebido en la carga probatoria. Lo expuesto hasta aquí, no se opone a que el actor, ya sea un tercero o una de las partes contratantes, tenga la obligación de probar el pacto oculto, en todas las ocasiones en que su acción se encamina, no a destruir simplemente el acto ostensible y mentiroso, sino a hacer prevalecer el privado, para aprovecharse de sus consecuencias. Y mutatis mutandis, si es el demandado a quien puede aprovechar la existencia y comprobación del contrato secreto, y éste no adolece de vicio alguno ni le faltan formalidades esenciales, la sola demostración de tal simulación de medio, sería suficiente para enervar la acción intentada con el exclusivo fin de evidenciar una simulación integral y de obtener, en consecuencia, que los bienes que fueron materia del contrato fingido regresen al patrimonio de donde aparentan haber salido". (G. J. número 1977, pág. 70).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, octubre nueve (9) de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El 28 de agosto de 1947, Félix Antonio Osorno, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín, en juicio ordinario y de mayor cuantía, a Rosaura Osorno de Osorno y a sus hijas Abigaíl y Ofelia Osorno —menor la última— para que se hagan las siguientes declaraciones:

"A) Que es simulado el contrato de venta consignado en la escritura número 4060 de 24 de junio de 1947 de la Notaría Cuarta de este Circuito, por medio de la cual dijo transmitir en venta el señor Gustavo Osorno Osorno a sus hermanas Ofelia y Abigaíl Osorno Osorno el inmueble y demás bienes especificados en el numeral 5º del presente libelo.

"B) *Subsidiariamente.* Y para el caso de que se niegue la petición anterior, que se declare resuelto el contrato de venta contenido en la escritura número 4060 de fecha 24 de junio de 1947 de la Notaría Cuarta de este Circuito, por falta de pago del precio.

"C) Que pertenecen en consecuencia a la sucesión intestada e ilíquida del señor Gustavo Osorno Osorno, representada por sus padres legítimos señores: Félix Antonio Osorno y Rosaura Osorno de Osorno los bienes especificados en el numeral 5º del presente libelo.

"D) Que se ordene la cancelación de la escritura número 4060 de fecha 24 de junio de 1947 de la Notaría Cuarta referida y de su correspondiente registro.

"E) Que los demandados están en la obligación de entregar materialmente a la sucesión del señor Gustavo Osorno, representada por los padres legítimos de éste, señores Félix Antonio Osorno y Rosaura Osorno de Osorno, los bienes especificados en el numeral 5º del presente libelo, con todas sus mejoras y anexidades, enseres, etc., dentro del plazo que el señor Juez señale.

"F) Que los mismos demandados están en la obligación de entregar a la sucesión referida los frutos civiles y naturales de dichos bienes, que hubieren producido desde la fecha de la escritura en adelante y hasta que la entrega de los mismos se verifique, lo mismo que los que pudieron producir en poder de la sucesión manejados con mediana inteligencia y actividad.

"G) Que sean igualmente condenados al pago de las costas del juicio si a ello dieren lugar por su temeridad".

Son hechos de la demanda:

1º Estar casado legítimamente Félix Antonio Osorno con la señora Rosaura Osorno; 2º haber sido procreados en tal unión matrimonial, entre otros hijos, Gustavo, fallecido recientemente en estado de soltero, Abigaíl y Ofelia, quienes se encuentran solteras; 3º ejercer su mandante la patria potestad sobre la última de las personas nombradas, por ser menor de edad; 4º haber fallecido el señor Gustavo Osorno Osorno el 28 de junio de 1947, a causa de una tuberculosis pulmonar sufrida desde los primeros meses del año citado; 5º haber sido dueño el nombrado Osorno O. de una casa de habitación, ubicada en 'La América', en el Barrio Cristóbal, distinguida con el número 41-17 y deslindada así: 'Por el frente, con la carrera ochenta y ocho; por un costado, con propiedad de Margarita Betancourt de Bustamante y Joaquín Restrepo; por el otro costado, con propiedad de María de Jesús v. de Valencia; y por la parte de atrás, con un callejón de servidumbre', y dos establecimientos de cantina si-

tuados en 'La América' y denominados 'Café Centro América' y 'Café Indo-América', con todas sus existencias, muebles, neveras, etc.; 6º Haber sido llamado a casa del enfermo Gustavo Osorno Osorno, el señor Notario 4º del Circuito de Medellín, doctor Roberto Arcila Ramírez, el 24 de junio de 1947, a fin de que éste, como funcionario público, le prestara a aquél sus servicios en el otorgamiento de un testamento; 7º haberle manifestado claramente el enfermo al señor Notario 4º que su voluntad era dejárles a su madre Rosaura Osorno de Osorno y a sus hermaans solteras Abigaíl y Ofelia Osorno Osorno todos sus bienes; 8º haberse efectuado, en lugar del acto testamentario deseado en un principio, un contrato de compraventa que se hizo constar en la escritura pública número 4060, otorgada el 24 de junio del año últimamente citado; decisión que tomaron las personas demandadas en este juicio, en vista de las observaciones hechas por el señor Notario sobre los derechos conferidos en forma clara por nuestro estatuto civil a los legitimarios; 9º haberse otorgado la aludida escritura sin que hubiera habido entrega del precio y con la sola mira de transferirse a las demandadas el derecho de dominio sobre todos los bienes del señor Gustavo Osorno, lesionándose en esta forma el derecho del padre de éste, como legitimario; 10º haberse estipulado en la aludida escritura de venta, como precio, la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) moneda legal, suma que dio por recibida el vendedor de las compradoras sin que éstas, en oportunidad alguna, la hubieran entregado; 11º haberse firmado el aludido instrumento público por el vendedor, mediante la ayuda de otras personas, debido a la gravedad que le impedía a éste toda actividad física; 12º haber intervenido en el otorgamiento la señora Rosaura Osorno de Osorno en calidad de representante legal de su hija menor Ofelia, a pesar de que el padre legítimo de ésta se encontraba en la casa donde fue prestado el servicio por el Notario, sin que este funcionario hubiera reclamado contra semejante conducta inadmisible desde el punto de vista legal; 13º no haberse efectuado realmente un contrato de compraventa entre Gustavo Osorno, por una parte, y las señoritas Abigaíl y Ofelia del mismo apellido, por la otra, ya que sólo se verificó una donación sin obtener la correspondiente insinuación; 14º haberse confesado por la demandada Abigaíl Osorno O. la no entrega de dinero como precio de la compraventa; 15º haber ocurrido el fallecimiento del señor Gustavo Osorno el día 28 de junio de 1949, cuatro días después del otorgamiento de la escritura pública tantas veces citada, sin dejar bienes de ninguna clase; y 16º encontrarse en poder de las señoritas Abigaíl y Ofelia Osorno todos los bienes relacionados en la escritura pública número 4060 de la fecha y procedencia indicadas".

Abigaíl Osorno, por medio de apoderado, al descorrer el traslado admitió como ciertos los hechos 1º a 5º inclusive, y aceptó los contenidos en los numerales 6º, 8º y 15º en lo atinente a la solicitud hecha al Notario sobre prestación del servicio, al otorgamiento de la escritura pública 4060 de 24 de junio de 1947 y al fallecimiento del señor Gustavo Osorno Osorno. Rechazando las aseveraciones sobre las circunstancias allí anotadas por el demandante, consideró como simples comentarios hechos por el actor lo aseverado por éste en la narración que aparece en los numerales 9º y 14º, y negó categóricamente los demás hechos fundamentales. El apoderado de la demandada Abigaíl Osorno terminó su contestación oponiéndose a las súplicas impetradas.

Rosaura Osorno de Osorno, por medio del mismo apoderado, contestó aceptando como ciertos los hechos primero a quinto inclusive. Respecto de los demás, manifestó ignorar algunos y ser falsos otros. Se opuso a que se hagan las declaraciones solicitadas, ya que los hechos "en que pretende fundamentar sus pretensiones el actor, no engendran, ni engendrar podrían, derecho alguno". Como excepción propuso "la genérica", de que trata el artículo 329 del C. J.

Ofelia Osorno Osorno, por conducto de su curador *ad litem*, dio respuesta a la demanda en los siguientes términos:

"1º Acepto el hecho. 2º No acepto el hecho en su totalidad, o mejor lo niego para que, si al actor le interesa, lo pruebe. 3º Subordino sus consecuencias al hecho inmediatamente anterior. 4º Que lo pruebe el actor. 5º Es cierto. 6º No acepto el hecho como está redactado. Que lo pruebe el actor. 7º No lo acepto, lo niego. Que lo pruebe el actor. 8º No acepto el hecho como aparece expuesto por el actor. En consecuencia debe probarlo. 9º El hecho es absolutamente falso y lo niego. 10º Me atengo a las constancias que obran en la escritura. Niego los demás hechos o malévolas sugerencias del actor. 11º Es falso de toda falsedad. Verificó un contrato real. Firmó el instrumento dándose cuenta de lo que hacía. 12º No acepto el hecho, como está redactado; y protesto por los cargos infundados que se le hacen a un funcionario que es depositario de la fe debida a los documentos públicos. 13º Niego el hecho, como consecuencia de la respuesta dada a hechos similares. 14º Mal podía la señorita Abigaíl Osorno

declarar falsedades o cosas que van contra las constancias contenidas en la escritura citada por el actor. Lo que dijo, lo hizo por su cuenta sin el consejo de nadie, como lo cree el suspicaz abogado. De otro lado, yo a nombre de mi protegida, niego las sugerencias del actor en este hecho. 15º Es falso el hecho como está planteado. 16º Las señoritas Ofelia y Abigaíl Osorno Osorno adquirieron legalmente los bienes en litigio. La señora Rosaura Osorno de O. nada adquirió y por tanto no puede estar poseyendo lo que no es de ella".

El curador terminó su contestación rechazando las razones de derecho, oponiéndose a las declaratorias solicitadas y proponiendo las excepciones perentorias de ilegitimidad de la personería adjetiva de la parte demandante, y la "innominada".

El Juez del conocimiento desató la controversia en sentencia proferida el 18 de noviembre de 1948, declarando simulado el contrato de venta de que trata la escritura número 4060, otorgada en la Notaría Cuarta de Medellín el 24 de junio de 1947.

La sentencia recurrida

La parte demandada interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Medellín mediante fallo pronunciado el 28 de septiembre de 1949, revocó lo dispuesto por el Juez del conocimiento y absolvió a las Osornos de los cargos formulados.

Las razones de fondo expuestas por el sentenciador quedan claramente resumidas en los siguientes párrafos que se copian: "Es sabido que los derechos y las obligaciones correlativas nacidas de los contratos solamente se refieren a los contratantes, razón por la cual los efectos del acto jurídico no perjudican ni aprovechan a quienes no han intervenido en la verificación de éste, pensamiento expuesto por los romanos en estos términos: *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.* Pero suele ocurrir que hay derechos y obligaciones que se transpasan de los contratantes a quienes fueron terceros en el momento de la celebración, traspaso que se opera por haber llegado a ocupar éstos el puesto de aquéllos. Por consiguiente, sólo tiene la calidad de tercero quien no ha intervenido en la celebración del acto jurídico o quien legalmente no deba sufrir los efectos producidos por éste ni aprovecharse de ellos. En los eventos de simulación, *no tiene la calidad de tercero ninguno de los herederos de uno de los simuladores.*

"En el presente juicio, según las constancias arrojadas por los autos, el señor Félix Antonio Osorno, por medio de apoderado legalmente constituído, ha demandado para la sucesión intestada e ilíquida de Gustavo Osorno Osorno, y por ende, viene procediendo como causahabiente del *de cujus*, o lo que es lo mismo, como heredero universal. De suerte, pues, que si el mandante del doctor Jiménez M. no es verdadero tercero, la simulación en el presente caso debe ser acreditada por medio de la *prueba literal, o por la confesión, o por un principio de prueba por escrito. No es, pues, admisible la prueba testimonial ni la indiciaria para establecer la existencia de la contraestipulación.* No habiéndose acreditado por el demandante la existencia del convenio oculto mediante un contrato-instrumento, o mediante la confesión, o mediante un principio de prueba por escrito, es evidente que la acción de *simulación-prevalencia* no puede prosperar. Pero aún más: En el supuesto de que por medio de indicios y presunciones se hubiera acreditado la simulación, supuesto que el Tribunal rechaza absolutamente, se tendría entonces, a la luz de la doctrina, de la jurisprudencia y de las propias aseveraciones del señor apoderado del demandante, *una donación como convención oculta que sería ley* para las partes al tenor de lo estatuído por el artículo 1602 del C. Civil, acto jurídico que en el presente caso sería a lo menos válido parcialmente. Pero se dirá que como no hubo insinuación, la donación entre vivos que se viene suponiendo sólo tendría efecto hasta el valor de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal, y nula en el exceso de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1458 ibidem. Semejante aserto es inadmisible porque aceptada la falta de precio en el contrato de compraventa constante en la escritura pública número 4060 de 24 de junio de 1947, según una de las estipulaciones contenidas en este instrumento habría una donación en que se *impone al donatario un gravamen pecuniario*, razón por la cual el acto jurídico aludido quedaría sometido a la norma consagrada por el artículo 1462 ibidem.

"Según la cláusula 2ª del instrumento público tantas veces citado, las señoritas Abigaíl y Ofelia Osorno Osorno se obligaron a pagar por cuenta del señor Gustavo Osorno Osorno las siguientes deudas de éste: Una hipotecaria por la suma de *tres mil* pesos ($ 3.000.00) m. l.; una personal por la cantidad de *un mil pesos* ($ 1.000.00) m. l. a favor de Sofía Osorno; otra personal también por la cantidad de *un mil pesos* ($ 1.000.00) m. l. a favor de Libia Correa; y finalmente, todas las deudas que resultaran en contra de los dos establecimientos comerciales denominados 'Café Indoamérica' y 'Café Centroamérica'. Sobra anotar que en los autos hay constancia de que las demandadas han pagado por

cuenta del vendedor varias deudas que éste dejó pendientes. Observada esta cláusula y admitido el supuesto de la donación, en parte alguna de los autos aparece establecido que en el caso *sub judice*, fuera indispensable la insinuación, ya que *no se conoce el valor de lo donado después de hecho el descuento del gravamen*".

EL RECURSO

La demanda de casación formulada por el actor en el juicio, se apoya en la causal primera del artículo 520 del C. Judicial. Lo sustancial de los tres cargos que contiene se halla expuesto en los siguientes apartes:

"*Primer cargo.*—Incurrió el Tribunal sentenciador en error de derecho al exigir al actor prueba literal de la simulación, confesión de parte o bien, un principio de prueba por escrito completada por otros medios, considerándolo como parte en el contrato y no como tercero; exigencia que lo llevó a no aceptar como demostración del simulacro la prueba indiciaria y testimonial aducida, con lo cual violó flagrantemente los preceptos contenidos en los artículos 1759, 1766 del C. Civil y artículo 91 de la Ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial. La jurisprudencia ha distinguido entre parte contratante y terceros, para efectos de la calidad de la prueba que se debe producir en los casos de simulación. El contratante y los simples herederos, están obligados a demostrar la existencia del pacto oculto aduciendo una prueba escrita, confesión de parte, o un principio de prueba literal completada por otras probanzas; pero los terceros y aquellos que demandan el acto ostensible celebrado por su causante en fraude de los derechos de herencia o de las gananciales, pueden producir cualquier probanza para acreditar la simulación, sin limitación, porque ya no son los sucesores que continúan la persona del causante, sino personas ajenas al contrato que quedaron defraudados en sus derechos propios que les reconoce la ley.

"El legitimario se ve perjudicado en su derecho herencial y el cónyuge en sus gananciales, de la misma manera en que lo fuera un acreedor del contratante simulador, a quien se sustrae el patrimonio que le sirve de garantía para el pago de su acreencia. Estos son considerados como terceros para efectos de la prueba, por haber sufrido perjuicio en un derecho propio claramente establecido o reconocido por la ley, lo que no sucede con el simple heredero testamentario o legal —no legitimario—, que nada ha perdido de su patrimonio propio. Como el Tribunal asignó al señor Osorno la simple calidad de continuador de la persona del contratante, sin apreciar que se demandaba en virtud de un derecho propio, reconocido por la ley como legitimario (artículos 1239, numeral 2º del 1240 del Código Civil y artículo 23 de la Ley 45 de 1936), obligándolo a aducir prueba literal, incurrió en grave error de derecho y en consecuencia violó las disposiciones consignadas en los citados artículos 1759, 1766, 1239 y 1240 numeral 2º del Civil, 91 de la Ley 153 de 1887 y 23 de la Ley 45 de 1946.

"*Segundo cargo*—Incidió el sentenciador en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas al debate, tal como se puntualiza a continuación: A) Incurrió en error de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por la señora Rosaura Osorno de Osorno ante el Inspector de la América (fracción de Medellín), que lleva fecha 22 de agosto de 1947 (fls. 18 a 20 del cuaderno principal), en cuanto negó rotundamente que se encontrara en ellas fundamento alguno indicativo de la simulación.

"Se sabe que la señora Osorno de Osorno compareció ante el Notario Cuarto del Circuito de Medellín, para aceptar la escritura número 4060 de 24 de junio de 1947, diciéndose representante legal de la presunta compradora señorita Ofelia Osorno, en ejercicio de la patria potestad, y que en ese mismo contrato se constituyó en su favor el derecho de habitación sobre el inmueble objeto de la venta. Bajo esta consideración fue llamada a absolver posiciones, en forma extrajudicial, con el fin de obtener la verdad de su intervención. En la respuesta quinta expresó que el Notario había sido llamado a la casa de su hijo para el otorgamiento de un testamento que éste pensaba hacer, al hallarse reducido al lecho víctima de una enfermedad mortal; y en las respuestas dadas a las preguntas 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 16ª y 17ª manifestó que durante el otorgamiento de la escritura de venta no se encontró presente, por lo cual ignoraba completamente los asuntos tratados; explicó, además, muy claramente, que no conocía la escritura número 4060 ya citada, ni sabía qué fue lo que firmó. Son éstas sus palabras en la posición novena: "*No es cierto, no conozco ninguna escritura*" (se hacía referencia al instrumento nombrado ya); respuesta a la posición décima-sexta: "Me remito a las respuestas anteriores; *nada sé de las escrituras ni del dinero que recibió o haya podido recibir*"; respuesta a la pregunta décima-

séptima: "*Yo no sé lo que firmé por cuanto que el dolor que me embargaba no me permitía estar atendiendo a otros cuidados de intereses a esa hora; como dije antes yo me encontraba en el interior de la casa y solamente fui llamada a echar una firma en algo que yo no podía saber qué era pero que tenía obligación de creer que era un acto lícito*" (subrayo).

"El H. Tribunal parece que no hubiera leído estas posiciones, porque en forma rotunda negó que existiera en ellas prueba útil para el reconocimiento de la simulación; sin embargo, de esas posiciones se deduce que la intervención de la señora Osorno de Osorno no fue el resultado de una convención libre, deliberada y consensual, sino una intervención meramente ocasional y fraudulenta para hacer reunir unos requisitos de forma que le dieran o pudieran darle visos de legalidad a un contrato inexistente. La confesión obtenida con esas posiciones, constituye plena prueba de acuerdo con el artículo 604 del C. Judicial, disposición que resulta violada por el Tribunal al negar su reconocimiento o pasarlo por alto sin el más leve análisis. Con esa confesión queda plenamente demostrado que fue simulado tanto el contrato de habitación que allí se constituyó como el contrato de venta que aparece celebrando en representación de su hija menor. Por lo menos, si no se acepta esta prueba como una confesión completa del simulacro, constituye un indicio de tal gravedad, que por sí solo es suficiente para la deducción de la inexistencia del contrato aparente, con mayor razón, si se une a los demás graves y conexos indicios a que me referiré más adelante. Este error llevó al Tribunal a la violación por falta de aplicación de los artículos 664 y 665 del C. Judicial, fuéra del artículo 604 ya citado.

"B) La falta de apreciación de esta misma prueba, llevó al Tribunal a incurrir igualmente en error de derecho consistente en la interpretación equivocada que hizo de la intervención de la señora Rosaura Osorno en el contrato, a quien le asignó la calidad de agente oficioso de acuerdo con el artículo 1506 del C. Civil, precepto que por consiguiente fue violado. Dice el Tribunal: 'Resta sólo agregar que la nombrada señora basada en las circunstancias especiales que ella misma relata en la diligencia de absolución de posiciones, creyó tener la representación legal de su hija Ofelia Osorno Osorno y por tal motivo intervino en el otorgamiento del instrumento público mencionado. De suerte, pues, que la señora Rosaura Osorno de Osorno, al firmar la escritura de compraventa sin poder especial o general de la señorita Ofelia Osorno Osorno y sin tener la representación legal de ésta, obró dentro de la facultad conferida por el artículo 1606 del C. Civil'.

"Este precepto parte de la base de una convención libre, de un asentimiento claro, conocido y deliberado, cuestión que no ocurre en este caso, porque la señora Rosaura Osorno manifestó en las posiciones, que no estuvo presente en el contrato ni supo qué firmaba; de tal suerte que erró gravemente el Tribunal al interpretar su aceptación del contrato, como agente oficioso, punto que también pugna contra el tenor literal de la escritura y contra la declaración expresa del Notario, quien dijo que Gustavo le había pedido el servicio de no hacer figurar a su padre porque había abandonado el hogar, por lo cual se llamó a la madre para la aceptación. Hubo, pues, violación del artículo 1506 del C. Civil, como consecuencia del error de derecho sufrido por el Tribunal en la apreciación de las referidas posiciones, error que lo condujo a negar toda validez a la prueba para la demostración que se propuso el actor.

"C) Incurrió asimismo el Tribunal en error de hecho en la apreciación de las posiciones absueltas por la supuesta compradora señorita Abigaíl Osorno, de fecha 25 de julio de 1947, recibidas por el señor Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín (fls. 15 a 17 del cuaderno principal); en la falta de apreciación de la confesión hecha por el apoderado de los demandados doctor Antonio Valencia Restrepo, que aparece en el alegato de primera instancia a fls. 95 vto.; y en la indebida apreciación de las cláusulas 2ª y 3ª de la escritura número 4060 de fecha 24 de junio de 1947 de la Notaría 4ª del Circuito de Medellín (fls. 21 y 22 del mismo cuaderno). Dice el sentenciador que en ninguna de las posiciones absueltas por la señorita Abigaíl Osorno aparece demostrada la simulación del contrato; que simplemente reconoce la absolvente que en el momento del otorgamiento de la escritura no hubo pago del precio, pero que esto no significa que no lo hubiera habido en el contrato de compraventa. En la respuesta tercera dice Abigaíl que su hermano Gustavo estaba reducido al lecho víctima de grave enfermedad; en la cuarta, que el Notario fue llamado a prestar servicios en el otorgamiento de un testamento por parte del enfermo; y en la octava, al preguntársele sobre el precio, expresó: 'Es cierto, pero explico que el valor de la compra a que se refiere la escritura se destina y así consta allí, para pagar las deudas de la escritura y otras deudas que Gustavo tenía', es decir, reconoce que todo el precio era para pagar deudas, lo que tácitamente está diciendo que no se cubrió el saldo que en

abstracto dio por recibido el aparente vendedor. Esta explicación de la absolvente la encuentra el Tribunal enteramente de acuerdo con las cláusulas 2ª y 3ª de la escritura atacada y por tanto deduce que no se halla en ella ninguna base para el reconocimiento del pacto simulado.

"La cláusula tercera de la escritura dice así: 'Que hace la venta en la cantidad de veinticinco mil mil pesos ($ 25.000.00) moneda legal, que se descomponen así: seis mil quinientos pesos ($ 6.500) la casa y diez y nueve mil pesos los dos establecimientos (nótese el error en la suma) y de este valor deja en poder de las compradoras la cantidad necesaria para el pago de las deudas que pesan sobre la casa y cafés fuéra de las enumeradas y el resto declara tenerlo recibido'. Las deudas aparecen declaradas en la cláusula segunda, y son: una por tres mil pesos ($ 3.000.00) con seguro hipotecario en la casa; otra por mil pesos ($ 1.000.00) en favor de Sofía Osorno; y, finalmente, otra por mil pesos ($ 1.000.00) en favor de Libia Correa.

"Y no existe concordancia entre las posiciones y la escritura, porque la absolvente, luego de manifestar que no hubo pago de dinero en el acto del otorgamiento, explicó que todo el precio estaba destinado para pagar las deudas de Gustavo; y en cambio, en la escritura se da por recibido un saldo de dinero, sobrante después de descontar las deudas, saldo que aparece en abstracto sin determinación de una suma líquida de dinero. La contradicción es palmaria. A fls. 95 vto. en el alegato presentado por el apoderado de las demandadas en la primera instancia, se señala, luego de una serie de cálculos imaginarios, el saldo recibido por Gustavo en el momento de la supuesta venta, en la cantidad de doce mil seiscientos sententa y tres pesos con ochenta y nueve centavos ($ 12.673.89). Esta afirmación reviste una grave confesión que perjudica la causa de la parte opositora y que la pone en abierta contradicción, porque en las posiciones se negó entrega de dinero y se imputó el precio al pago de deudas. Entonces, como conclusión evidente, en las posiciones se encuentra una gravísima prueba que tiende también, por sí sola, a demostrar la simulación. He analizado en este numeral los errores de hecho sufridos en la apreciación de tres pruebas diferentes: confesión de Abigaíl Osorno, confesión de apoderado de instancia, cláusulas escriturarias, por su conexidad, con el fin de poner muy claras las contradicciones sufridas que no vio el Tribunal y que lo llevaron a la violación de los artículos 604, 664 y 665 del C. Judicial.

"D) Incurrió el Tribunal en error de hecho en forma evidente, al rechazar los testimonios de los señores Alfonso Cuartas, Jesús Giraldo, Jesús Antonio Moreno, Dr. Norberto Arcila Ramírez y José J. Villa, que obran a fls. 1 a 11 del cuaderno de pruebas de la parte actora, por imaginarias y supuestas contradicciones y el último como testigo único. El Tribunal pasó por alto, en forma desconcertante, los verdaderos hechos probados por este medio; no paró mientes siquiera en la calidad de los testimonios y se propuso tan sólo, rebuscar y escudriñar pequeños detalles no apreciados o relatados por todos, para deducir contradicciones y rechazar las exposiciones, sin tener en cuenta que los puntos principales aparecían de bulto, perfectamente relatados por todos, inclusive por el Notario y el protocolista, posiblemente interesados en ocultar la verdad, por claras razones de ética profesional. El señor Notario se expresa en estos términos: 'Me llamó el señor Gustavo Osorno a que le *hiciera un testamento* y me manifestó, una vez que estuve en su presencia, *que quería dejarle todo a su mamá y a sus hermanitas solteras, a lo cual yo le manifesté que teniendo padres vivos no podía hacer testamento en esa forma. Entonces él resolvió como dueño de sus bienes hacerle venta de ellos a sus dos hermanas solteras con la condición de que no podían vender la casa mientras su mamá viviera... 8º Yo no presencié que los compradores hubieran entregado suma alguna de dinero,* pero esto, o mejor, en toda escritura se hace constar que se da por recibido el dinero y la mayoría, casi la totalidad no entregan el dinero en presencia del Notario, que nada tiene que ver con eso, toda vez que los contratantes demuestran su conformidad... 10º No es cierto que se haya ocultado que el padre de la señorita Ofelia Osorno Osorno estuviera vivo, pues *yo sabía que él estaba allí,* y en unas salidas que hizo de la pieza, me llamó su hijo Gustavo y me dijo *que no quería que su padre figurara para nada en dicha escritura porque hacía más de doce años que se había ausentado del hogar y NO aportaba un centavo, y que él Gustavo, era el que venía sosteniendo la familia, y que además su padre se mantenía jugando, etc.*' (las subrayas son mías).

"Todos los declarantes, absolutamente todos están de acuerdo con las anteriores manifestaciones del señor Notario y llegan hasta ampliar esa relación con el informe desconcertante de que fue el propio Notario quien insinuó la celebración del contrato de venta para cumplir los deseos del moribundo. Con este acervo testimonial, cinco declarantes que concuerdan en el hecho y en sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, salvo en pequeñas

cuestiones muy explicables por cierto y que tienden a darles mayores visos de imparcialidad y de veracidad, se acreditan los siguientes hechos desconocidos por el Tribunal: Que el Notario fue llamado a otorgar un testamento; que la intención del testador era dejar todos sus bienes a sus hermanas solteras y a su madre; que el Notario expresó claramente al enfermo la imposibilidad de cumplir estos deseos por la vía legal de un testamento; que por este impedimento se resolvió entonces hacer directamente una escritura de venta en favor de las mismas personas en quienes se pensaba testar; que no hubo entrega de dinero no obstante haberse dado por recibido el precio; que a pesar de estar cerca el padre legítimo no fue llamado a presenciar el contrato ni a suscribirlo en representación de su hija, precisamente porque esa supuesta venta se verificaba en perjuicio de sus derechos; y, que a sabiendas de que la madre no tenía la representación de la menor se le llamó a firmar para completar el contrato. De estos hechos que no podía descartar el Tribunal sin incurrir en grave error, por provenir de testigos en número plural y de calidad incuestionable, resultan en forma evidente los indicios necesarios y vehementes de la simulación. Está expreso el motivo de índole moral, el deseo del testador, la imposibilidad legal y el medio rebuscado para conseguir ese fin. No existe contradicción entre las declaraciones sino por el contrario, concurrencia; ni el señor Villa es testigo único, porque no solamente afirma lo expuesto por el Notario sino que especifica lo relatado por los otros declarantes, de que fue el mismo funcionario público quien insinuó el simulacro.

"Este error llevó al Tribunal a violar por indebida aplicación, los artículos 696, 697 y 665 del C. Judicial y las demás disposiciones sustantivas que se indicarán más adelante al resumir el cargo.

"E) Incurrió igualmente el Tribunal en error de hecho en forma evidente al apreciar la prueba sobre la capacidad económica de las presuntas compradoras. Dice el Tribunal que con el recibo que aparece a fls. 116 del cuaderno de pruebas de la parte opositora y con las declaraciones aducidas por esta parte, sobre el hecho de que Gustavo atendía a las necesidades de la familia y era muy generoso con sus hermanas solteras, se desvirtúa la afirmación hecha por el actor de que Abigaíl y Ofelia carecían de dinero para efectuar la compraventa atacada, mejor dicho, de que existía absoluta incapacidad económica para la celebración de un contrato de tal naturaleza. Erró gravemente el Tribunal en la apreciación de esta prueba, porque el comprobante únicamente dá cuenta de que Abigaíl ha percibido por salarios la cantidad de $ 6.953.44 por concepto de trabajo personal, suma ésta que, aun cuando hubiera sido ahorrada en su totalidad, resulta a todas luces insuficiente para adquirir los bienes objeto del referido contrato. Nótese que el apoderado de las demandadas en el alegato de instancia (fls. 95 vto.) afirmó que a Gustavo se le había entregado en dinero un saldo de $ 12.673.89, suma muy superior a lo ganado por Abigaíl con su trabajo. En relación con Ofelia no se adujo ninguna prueba, como que no ha trabajado nunca. La incapacidad económica comprende un hecho negativo que no está sujeto a prueba, por lo cual corresponde a la otra parte contrarrestarla, demostrando su capacidad. En este caso se ensayó con el certificado referido, pero con un rotundo fracaso como se deduce de lo anterior.

Por este motivo el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de dicha prueba y por ende, en violación del precepto contenido en el art. 595 del C. Judicial por no haberlo aplicado.

Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho anotados en los cinco puntos anteriores, que sufrió el Tribunal en la sentencia recurrida, se violaron, además de los preceptos adjetivos señalados, las siguientes disposiciones sustantivas por aplicación indebida: arts. 1759, 1766 y 1506 del C. Civil y art. 91 de la Ley 153 de 1887 y por falta de aplicación los arts. 1239, 1240, 1458, 1494, 1618, 1602, 1849, 1857, 1740, 1928, 1741, 1929, 1930, 1932 y 870 del C. Civil, Ley 45 de 1936 art. 23 y Ley 50 de 1936 art. 50.

Tercer cargo.—Incurrió así mismo el Tribunal sentenciador en violación de disposiciones sustantivas por interpretación errónea, al considerar que se trataba de una donación con gravamen pecuniario que no necesitaba insinuación sino con descuento del gravamen y que en este caso resulta imposible conocer el valor real de lo donado.

Afirma el Tribunal que las compradoras se comprometieron a pagar las siguientes deudas: una de $ 3.000.00 con seguro hipotecario sobre la casa; una de $ 1.000.00 en favor de Sofía Osorno y otra de $ 1.000.00 en favor de Libia Correa; y, finalmente todas las deudas que resultaran en contra de los establecimientos comerciales denominados "Café Centro América" y "Café Indoamérica". Que teniendo en cuenta esta estipulación y el hecho de haber pagado efectivamente las compradoras algunas deudas, resulta imposible conocer el valor real de lo donado, por lo cual se ignora si en

el caso sub judice fuera indispensable la insinuación. Con esta interpretación, evidentemente el Tribunal viola el precepto contenido por el art. 1462 del C. Civil, porque la exención de insinuación que este precepto contempla se refiere únicamente *al descuento del gravamen pecuniario conocido o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero*. En este caso los únicos gravámenes pecuniarios conocidos son las deudas declaradas en la cláusula segunda de la escritura, que suman la cantidad de cinco mil pesos ($ 5.000.-00), que descontados del precio global de $ 25.000.- arrojan un saldo de $ 20.000.00, que evidentemente requiere insinuación, de acuerdo con el art. 1458 ibidem. Es necesario, según las voces del art. 1462 citado, que el gravamen *pueda apreciarse en una suma determinada de dinero*, porque de lo contrario sería imposible conocer el valor de la donación y entonces quedaría abierto el campo para una burla manifiesta de la ley. En conclusión, lo que este precepto permite es descontar el gravamen conocido y determinado en una suma líquida, por lo cual, como resulta obvio, cuando esa determinación es imposible el gravamen es abstracto y no líquido, siempre se requiere la insinuación si el valor total de lo donado asciende a la cantidad de dos mil pesos. Si a esta consideración se suma la confesión hecha por el apoderado de las demandadas en el alegato de la primera instancia (fls. 95 vto.), de que el saldo, después de descontadas las deudas, ascendió a la cantidad de $ 12.673.89 resulta poco menos que absurda la consideración del Tribunal.

En consecuencia el Tribunal sentenciador violó por interpretación errónea los arts. 1458 y 1462 del C. Civil lo que dió lugar al desconocimiento de la contraestipulación o acto secreto que contiene una donación mayor de dos mil pesos, que necesitaba el requisito de la "Insinuación" para su validez; resultando igualmente violados por aplicación indebida y falta de apreciación las mismas disposiciones de carácter sustantivo señaladas al finalizar el cargo anterior".

Estudio de los cargos

De acuerdo con el artículo 538 del C. Judicial, se limita la Sala al estudio del primer cargo.

El recurrente dice que como consecuencia de haber violado el Tribunal los artículos 1759 y 1766 del C. Civil, y el 91 de la Ley 153 de 1887, quebrantó los artículos 23 de la Ley 45 de 1936 y 1239 y 1240 del mismo Código Civil. Observa que unas y otras infracciones se deben a que el sentenciador estimó que el demandante, por su calidad de heredero abintestato del vendedor, tenía la condición de parte en dicho contrato y que por lo tanto le eran aplicables las limitaciones probatorias establecidas en los primeros textos citados, las cuales hacen necesaria la presentación de la prueba escrita o principio de prueba escrita o confesión para desvirtuar lo dicho en el contrato público y ostensible cuya simulación se quiere hacer declarar.

En efecto, dice el Tribunal: "En el presente juicio, según las constancias arrojadas por los autos, el señor Félix Antonio Osorno, por medio de apoderado legalmente constituído, ha demandado para la sucesión intestada e ilíquida de Gustavo Osorno Osorno, y por ende, viene procediendo como causahabiente del de cujus, o lo que es lo mismo, como heredero universal. De suerte, pues, que si el mandante del doctor Jiménez M. no es verdadero tercero, la simulación en el presente caso debe ser acreditada por medio de la prueba literal, o por la confesión, o por un principio de prueba por escrito. No es, pues, admisible la prueba testimonial ni la indiciaria para establecer la existencia de la contraestipulación" (folio 20 y vto).

Como puede verse de la transcripción anterior, de la simple calidad de heredero con que actúa el demandante, deduce el Tribunal que le son aplicables las restricciones impuestas en materia de prueba a quienes habiendo sido partes en el contrato pretenden desvirtuar lo expuesto en la escritura pública.

El recurrente ataca tal apreciación y sostiene que el demandante no está sujeto a la triple prueba única enunciada, pués obra como tercero, y ella no hubiera sido aplicable sino al causante vendedor, de haber éste intentado la acción.

La Sala comparte la tesis expuesta por el recurrente y se separa de la del Tribunal, por los motivos que pasa a explicar:

Es cierto que los causahabientes de una de las partes de un contrato, tienen también la calidad de partes cuando ocupan su lugar y en su reemplazo ejercitan las acciones que ella hubiera podido promover en relación con dicho contrato. Por éso, cuando el heredero instaura la acción reivindicatoria para recuperar a favor de la sucesión un bien perdido por el causante, está obrando como parte causahabiente de esa relación jurídica. Y en materia de simulación, cuando el causante celebra un acto público u ostensible simulado absolutamente, por el cual en apariencia transfiere el dominio de un bien a otra persona, como ésta en realidad lo

recibe en confianza, es un adquirente ficticio. Si el tradente simulador muere antes de iniciar acción contra el otro contratante para la recuperación de tal bien, el heredero que demanda a éste en representación de la sucesión, ocupa el lugar del causante, ejercita la acción que a él le correspondía. Identifica así su interés y el de la sucesión con el interés y la voluntad del causante, y es por lo tanto parte en el contrato. Como tal, pues, está obligado entonces a presentar uno de los tres medios de prueba mencionados, para triunfar en su empeño.

Pero cosa totalmente distinta ocurre cuando entre el causante —parte en un contrato simulado y y el heredero en su propio nombre o como representante de la sucesión, según ésta se haya liquidado o no—, en vez de existir esa identidad de intereses y voluntades, esa continuidad en su posición contractual, esa sustitución en la titularidad de la misma acción, lo que hay es una contraposición de intereses y una pugna de voluntades. Tal hipótesis aparece simpre que el acto acusado de simulación lo haya ejecutado el causante en fraude o en perjuicio de los derechos que la ley le otorga al heredero.

En tal evento, al impugnar éste el acto simulado, no está haciendo valer la voluntad real y el verdadero consentimiento del causante; por el contrario, está buscando la manera de destruírlos.

En este último caso, el heredero entonces no ejercitá la acción que el causante hubiera podido y querido ejercitar, sino la acción que el primero hubiera podido enderezar contra el causante mismo, de existir la lesión a un derecho adquirido y no a una simple expectativa herencial en vida de aquél. Ya el heredero y el causante no forman la misma parte en defensa del mismo interés, sino partes contrarias con intereses opuestos. Naturalmente, la acción no debe dirigirla contra la sucesión, sino contra el adquirente ficticio, o sea la otra parte del contrato simulado, porque muerto el causante, el bien así sustraído a la herencia le pertenece a ésta, en el evento de triunfar la pretensión de simulación absoluta o la de simulación relativa adicionada con la de invalidez o ineficacia del contrato real y secreto.

Aparentemente, la sucesión y el heredero en su nombre, ocupan el lugar del causante y ejercitan la acción que a éste le hubiera correspondido. Pero ahondando el problema, se encuentra que las diferencias sustanciales expuestas dejan claramente al descubierto la muy distinta posición procesal y jurídico-material del heredero y el causante, que hacen imposible considerar a aquél como parte en ese contrato, realizado precisamente en su perjuicio y en menoscabo de sus derechos.

El mismo interés que tiene un acreedor lesionado en su prenda general por la venta simulada del deudor, es el del heredero en esta situación: también él ha sido defraudado por ese contrato ficticio. Y de ahí que la situación probatoria en que se coloca sea de tercero y no la de parte.

Pero hay otra razón más en defensa de esta tesis. Si se exigiera la prueba de confesión o la escrita, o el principio de prueba por escrito al heredero defraudado por su causante con actos simulados, se haría prácticamente imposible la defensa de aquél. La simulación prevalecería así en el campo legal, por falta de medios para atacarla con éxito en la inmensa mayoría de los casos. Es obvio suponer que el causante no va a dejar la prueba escrita de tal simulación, ya que su intención en estos eventos es siempre la de transferir efectivamente el bien a título gratuito, o la de condonar la deuda aparentando pago o algo similar. La prueba escrita o el principio de prueba que haga fehaciente tal simulación, no existirá entonces. Y obtener la confesión del demandado que se beneficia con la simulación, es algo menos que imposible.

De modo que la lógica impone concluír que ese heredero debe gozar de la libertad probatoria del tercero perjudicado con el acto ficticio. Conclusión que está de acuerdo con la interpretación que debe darse a las normas probatorias de los Códigos Civil y Judicial, en vista del artículo 472 del C. de Procedimiento. Este precepto ordena a los funcionarios del orden judicial tener en cuenta al proferir sus decisiones "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva", para aplicar con tal criterio las disposiciones sobre pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho. En el caso en estudio, ese derecho reconocido por la ley sustantiva es el del heredero defraudado en su cuota herencial, por el acto cuya simulación se alega. Sería absurdo exigirle la presentación de la prueba que sólo podría suministrarle quien ha querido perjudicarlo. Pero, como es obvio, la libertad probatoria no elimina la exigencia legal de que el demandante demuestre en forma plena, sin dejar la menor duda, la simulación que alega.

Por último, la tesis expuesta no es una innovación en la jurisprudencia de la Corte. Al contrario, ha sido expuesta en varias ocasiones, como puede verse en las sentencias de casación civil publica-

das en las GACETAS números 2099, página 516 y 2107, página 834.

Queda, pues establecido el error del Tribunal que lo condujo a violar por aplicación indebida el inciso segundo del art. 91 de la Ley 153 de 1887. Esta norma hace inadmisible la prueba de testigos, aducida entre partes, en cuanto adicione o altere lo dicho en el acto o contrato; y el demandante obró en el caso de autos en calidad de vardadero tercero.

El quebranto del texto citado llevó al Tribunal, como lo alega el recurrente, a violar los artículos 23 de la Ley 45 de 1936 y 1239, 1940 y 1766 del Código Civil, por falta de aplicación consecuente, ya que ellos consagran el derecho del demandante a participar forzadamente en la herencia dejada por el causante, y en ella se quiere hacer figurar, mediante la acción de simulación incoada, los bienes objeto del contrato de venta celebrado por el *de cujus* con las demandadas.

Si bien, el Tribunal ha incurrido en errores conceptuales, las conclusiones a que llega la Corte coinciden con la parte resolutiva del fallo recurrido. Por consiguiente, en las consideraciones que siguen, la Sala se limita a hacer las rectificaciones doctrinarias de rigor.

Con apoyo en razones equivocadas, el señor Juez de primera instancia aceptó el carácter de tercero del demandante en el contrato objeto de la litis, y pronunció sentencia favorable a sus pretensiones, por considerar probada la simulación con los indicios y testimonios allegados al proceso. La sentencia declara la simulación, sin explicar si se trata de la absoluta o de una relativa; hace la declaración de pertenecerle a la sucesión los bienes objeto del contrato; ordena la cancelación de la escritura y su registro, y condena a las demandadas a entregar materialmente los bienes a la sucesión con sus frutos desde la fecha de la demanda hasta la de la entrega.

De este fallo apeló la parte demandada y vencida.

Se pasa al examen y revisión de dicha providencia.

Interpretación de la demanda

La petición A) de la demanda persigue la declaración de que es simulado el contrato de venta consignado en la escritura Nº 4060 de 24 de junio de 1947 de la Notaría 4ª de Medellín. En la petición C) se solicita la declaración de que los bienes comprendidos en dicho contrato pertenecen a la sucesión del causante, presunto vendedor. Y en las peticiones D) y F) se reclama la entrega material de los bienes y los frutos civiles y naturales.

En la parte petitoria de la demanda, pues, no se menciona el contrato oculto y nada se pide en relación con él. Así aparece claramente que la acción incoada es la de simulación absoluta, es decir, declarativa del carácter totalmente ficticio de la venta por no haber tenido los contratantes el ánimo de transferir ni de adquirir el dominio de los bienes.

De ahí la declaración de pertenecer a la sucesión tales bienes, como consecuencia de la simple simulación del contrato.

La simulación relativa se caracteriza por la existencia de dos contratos, el aparente u ostensible y el secreto y real, entre los cuales existen diferencias de calidad o naturaleza, de precio o de condiciones, sin que por eso deje de tener el segundo o secreto realidad jurídica, pues de todas maneras se está celebrando un contrato real para producir ciertos efectos jurídicos que, por lo general, coinciden con los del contrato público no obstante tales diferencias. Así, cuando se simula una donación como venta, los efectos jurídicos perseguidos son iguales: transferir el dominio de los bienes a quien aparece como ficticio comprador; la diferencia está en la naturaleza de los actos, pues mientras el primero se celebra a título oneroso, el segundo tiene como causa una simple liberalidad. Lo mismo puede decirse cuando se simula como renta vitalicia una verdadera donación.

Para que sea posible declarar la simulación relativa es indispensable demostrar la existencia del contrato secreto o verdadero y formular la solicitud para que así se reconozca en el fallo. Además, si el actor quiere destruír los efectos jurídicos del acto secreto —la transferencia del dominio en la donación simulada, por ejemplo—, es necesario que pida expresamente la declaración de nulidad, o rescisión, o invalidez del contrato secreto y real, pues de la simple alegación de su existencia no puede el fallador deducir una condena en tal sentido.

Como las peticiones de existencia del contrato secreto y real y de su invalidez o nulidad o rescisión, no aparecen en forma alguna en la demanda, seguramente se trata de una acción de simulación absoluta. Cuando ésta es la que se alega, la declaración de su existencia es suficiente para que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y verdadero, ya que el contrato simulado no ha producido ningún efecto jurídico.

Estudiando la demanda en su conjunto como es de rigor, esto es, relacionando las peticiones con los fundamentos de hecho que constituyen la causa petendi, se encuentra que la simulación la presenta el demandante en la relación de hechos como una donación disfrazada de venta. En efecto, en el hecho 9º se dice que no hubo entrega del precio, y que la intención de Gustavo Osorno fué la de transferir a las demandadas el derecho de dominio sobre todos sus bienes, lesionándose en esta forma el derecho del padre de aquél, como legitimario; y en el hecho 13 se afirma que "no hubo ánimo de vender por parte del finado Gustavo Osorno, ni de comprar por parte de las señoritas Ofelia y Abigaíl Osorno, sino de una simple donación del primero en favor de las segundas, sin que se hubiera obtenido previamente la insinuación como es de rigor en estos casos".

No obstante, pues, que en la relación de los hechos se afirma que se trata de una donación disfrazada de venta, no queda la menor duda de que se pidió una declaración de simulación absoluta.

La ineptitud sustantiva de la demanda

Surge entonces un problema de deficiencia en la demanda, que hace completamente inútil el estudio del acervo probatorio acerca de la existencia de tal simulación.

En el caso presente, como se dejó expuesto, el demandante limitó su acción a la declaración de simulación absoluta. Cierto es que en los fundamentos de hecho establecidos en el libelo, se afirma que se trata de simulación relativa, por donación disfrazada de venta. Pero no se pide en forma alguna que se declare la existencia de tal donación ni su nulidad o invalidez. En los fundamentos de hecho se afirma que tal fué el verdadero contrato y que no se cumplió con la formalidad legal de la insinuación. Mas como conforme a nuestro procedimiento dispositivo, el fallador no tiene libertad para pronunciarse sobre todos los puntos que aparezcan contemplados en los hechos de la demanda, está limitado forzosamente a pronunciarse sobre lo que se le solicita en la parte petitoria.

De manera que la Sala se encuentra imposibilitada para declarar la existencia de la donación pretendida, porque no está impetrada en ninguna de las peticiones de la demanda. E igualmente, no podría tocar el punto de la validez o nulidad de tal donación, caso de que se pronunciara afirmativamente sobre ella, porque no es objeto de tales peticiones.

Ante esta situación, cabe concluír que aún en el supuesto de que la prueba de indicios y testimonios sobre la existencia de una verdadera donación, oculta tras del contrato de venta, se encontrara suficiente en los autos como para no dejar duda sobre ella, la Sala no podría declararla a causa de la deficiencia en los pedimentos de la demanda. Y como no es posible tampoco declarar que el contrato es simulado relativamente, por no mediar pedimento al respecto, forzoso es desestimar la demanda, sin entrar a un estudio inútil sobre las peticiones formuladas y las pruebas que las sustentan.

Sobre el particular y en casos análogos al presente, ha dicho la Corte: "No es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias una venta simulada que una donación disfrazada de venta. Si se demanda la declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad destructora del convenio aparente, sólo tal pacto oculto debe demostrarse para obtener la declaración llana y simple de inexistencia, y hasta aquí debe alcanzar la declaración judicial que al respecto se haga en el fallo. Pero si de los elementos probatorios aducidos por la parte demandada en su defensa resulta comprobada la existencia de otra contraestipulación distinta de la simplemente destructora, tal como una dación en pago o una donación, la técnica de esta clase de acción impone la absolución del demandado, como en todos los casos corrientes en que el actor no cumpla con el deber de comprobar sus pretensiones, para tener derecho a que se le reconozcan en el fallo sus consecuencias jurídicas. Consagrar otra solución sería otorgarle a las acciones civiles de simulación un carácter inquisitivo sólo compatible con el ejercicio de la acción penal y que además, destruiría el equilibrio normal en la posición de las partes litigantes y entrañaría un desplazamiento indebido en la carga probatoria. Lo expuesto hasta aquí no se opone a que el actor, ya sea un tercero en el contrato o una de las partes contratantes, tenga la obligación de probar el pacto oculto en todas las ocasiones en que su acción se encamina, no a destruir simplemente el acto ostensible y mentiroso, sino a hacer prevalecer el privado para aprovecharse de sus consecuencias. Y *mutatis mutandis* si es el demandado a quien puede aprovechar la existencia y comprobación del contrato secreto, y éste no adolece de vicio alguno ni le faltan formalidades esenciales, la sola demostración de tal simulación de medio sería suficiente para enervar la acción intentada con el exclusivo

fin de evidenciar una simulación integral y de obtener, en consecuencia, que los bienes que fueron materia del contrato fingido regresen al patrimonio de donde aparentan haber salido. (Casación 12 de septiembre de 1941, G. J. número 1977, página 70)".

Pasa a estudiarse la petición subsidiaria de resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio.

Sabido es que para la prosperidad de la acción de resolución de contratos es necesario que el demandante demuestre en el curso del juicio:

1º La obligación impuesta al demandado cuyo incumplimiento se alega, la cual debe aparecer en el mismo contrato o en la reforma o adición que posteriormente se le haga;

2º El incumplimiento de dicha obligación por culpa del demandado (casación, febrero 10/1941, G. J. 1983, pág. 47), o lo que es igual, que éste se había constituído en mora de cumplirla en el momento de notificársele la demanda. (Casación febrero 2/40. G. J. 1953, pág. 54);

3º Que dicho incumplimiento ha sido total o parcial, pero en este último caso de cuantía o importancia suficiente para producir la resolución del contrato (casación, cita última); es decir, que no se cumplió la obligación del modo, en el lugar y tiempo convenidos;

4º Que por su parte ese demandante o su causahabiente cumplió oportunamente con las obligaciones a su cargo, a menos que el demandado acepte este hecho o no lo controvierta. (Casación, agosto 30/39. G. J. 1949, pág. 404).

En el caso presente no encuentra la Sala que se hayan satisfecho los anteriores requisitos para la prosperidad de la acción resolutoria. En efecto, de conformidad con la escritura de compraventa, el precio fijado en $ 25.500 fue pagado por las compradoras y el vendedor lo declaró recibido así: $ 3.000 por concepto de una hipoteca sobre la casa, gravamen que pasó a cargo de las compradoras; $ 2.000, valor de una deuda a favor de Sofía Osorno por $ 1.000, y otra a favor de Libia Correa, también por $ 1.000, que aquéllas quedaron obligadas a cancelar; una suma no determinada, que quedó en poder de las compradoras para pagar las demás deudas que pudieran pesar sobre la casa y los dos establecimientos, objeto del contrato; el resto, de monto tampoco determinado, el vendedor declaró haberlo recibido en efectivo.

Surge a la vista de lo anterior que del contrato no aparece determinado el valor recibido por el vendedor ni la suma que quedó en poder de las compradoras para cancelar las demás deudas a cargo de aquél.

Al demandante le correspondía, en tales condiciones, demostrar por otros medios probatorios que las demandadas incumplieron las obligaciones asumidas como precio del contrato en mención, determinando el alcance de esas obligaciones y el hecho de que las compradoras dejaron de pagar deudas a cargo del vendedor y a cuya satisfacción hubieran quedado obligadas en virtud de ese contrato. Pero esta prueba no aparece en los autos.

Sin conocerse la existencia de deudas insolutas que hubieran debido cancelarse por las compradoras, y ni siquiera la cuantía de las que hubieran podido quedar comprendidas dentro de la obligación genérica asumida por éstas, es imposible concluir que el contrato haya sido incumplido en forma que dé lugar a la resolución judicial.

Ya se vio cómo no es posible declarar que en realidad se haya tratado de una donación disfrazada de venta, o de otra simulación relativa del contrato. Por consiguiente, para los efectos de la acción resolutoria se parte de la base de que dicho contrato fue real y cierto, pero que las compradoras dejaron de cumplir las obligaciones asumidas en él. De ahí que esta acción exija al actor la prueba de la existencia e incumplimiento de esas obligaciones. Y como esta prueba no aparece en el juicio, se concluye la necesidad de negar la resolución impetrada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, 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 Medellín el 28 de septiembre de 1949, en el presente juicio ordinario de Félix Antonio Osorno contra Rosaura de Osorno y otras.

Sin costas en el recurso de casación.

Cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. — Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — PARA QUE LA BUENA FE DEL OCUPANTE RESULTE ESTABLECIDA, NO BASTA LA SOLA CREENCIA DE QUE UN TERRENO ES BALDIO, SINO QUE ES PRECISO QUE ESA CREENCIA SE JUSTIFIQUE; TENGA UN FUNDAMENTO DE HECHO

No puede la Sala admitir que de la sola creencia de que un terreno es baldío, resulte la buena fe de su ocupación. Es preciso que esa creencia se justifique, se apoye en una realidad objetiva, tenga un fundamento de hecho. La Corte ha dicho al respecto: "La BONA FIDES ha de considerarse... como una realidad jurídica actuante, y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho psicológico de creer, que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima, para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título" (Casación de 21 de abril de 1941, G. J., Tomo 51, pág. 172).

De ahí la presunción de propiedad privada establecida en el artículo 1º de la Ley 200 de 1936, que se deriva de la explotación económica del suelo, hecho ostensible, consistente en plantaciones o sementeras, ocupación con ganados y, en general, hechos positivos propios de dueño y de igual significación económica, de los cuales son complemento los cerramientos y la construcción de edificios. Y de ahí que para la prescripción excepcional que reconoce el artículo 12 de la misma ley, se exija que la buena fe de considerar baldío el terreno, resulte de la inexplotación económica de éste en la época de la ocupación. Basta que el globo general del cual es parte el terreno poseído esté o haya estado demarcado por cerramientos artificiales, o que en él existan señales inequívocas de propiedad particular, para que desaparezca la presunción de buena fe en el poseedor. Porque entonces no puede el ocupante tener conciencia limpia de haber entrado legítimamente en posesión, base indispensable de la buena fe, según el artículo 768 del C. C., que sienta, en el fondo, el mismo principio que informa las presunciones de la Ley 200 de 1936.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alberto Holguín Lloreda)

En mayo de 1946 y ante el Juez del Circuito de La Dorada demandó Isabel Angel de Castaño, vecina de Bogotá, a Luis y Miguel Patiño, vecinos de aquel municipio, para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se compendian:

Primera.—Que es de su propiedad la finca rural de El Horizonte, situada en los municipios de La Dorada y Victoria, Departamento de Caldas, por los linderos que allí se expresan.

Segunda.—Que, en consecuencia, los demandados están obligados a entregarle un lote de terreno que es parte de El Horizonte, lote cuya alinderación también se indica.

Tercera.—Que los demandados deben pagarle los frutos naturales y civiles, desde enero de 1944, como poseedores de mala fe.

Cuarta.—Pago de las costas del juicio. Invocó la actora, como hechos fundamentales, su título de dominio en la finca de El Horizonte, del cual afirma ser parte el terreno objeto de la reivindicación, el cual fué ocupado de facto, desde 1944, por los demandados, quienes lo poseen y han establecido allí casas de habitación, aserríos y diversos cultivos, contra la voluntad de la demandante y a pesar de sus prohibiciones y de las acciones de policía que les ha entablado.

Los demandados negaron los hechos, alegando que se trata de tierras baldías, y se opusieron a la acción, y el Juzgado falló el 27 de noviembre de 1947, decretando la restitución y condenando a aquéllos, como poseedores de mala fe, a las prestaciones mutuas correspondientes.

Apelado dicho fallo por ambas partes, el Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de 30 de marzo de 1949, lo reformó "en el sentido de declarar que los poseedores vencidos Luis y Miguel Patiño, por calificárseles como de buena fe, no están obligados a pagarle a la parte demandante, representada por sus herederos, los frutos naturales y civiles del lote de terreno determinado en el numeral **primero** de la parte resolutiva de la sentencia, percibidos antes de la contestación de la demanda; que en cuanto a los percibidos después de esa contestación, quedan sujetos a las reglas contenidas en los dos primeros incisos del artículo 964 del C. C., con derecho a que se les abonen por la parte actora o sus herederos, los gastos ordinarios invertidos en la conservación de la cosa; y las mejoras útiles que existan en el terreno reivindicado, hechas antes de la contestación de la demanda, todo en los términos pertinentes de los artículos 965 y 966 del propio C. Civil, precitado y mediante el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. Judicial. No es el caso de reconocer el derecho de retención consagrado en el artículo 970 ibidem, por haber constancia de que el terreno y sus mejoras fueron secuestrados legalmente. En todo lo demás queda confirmado el fallo recurrido".

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación la parte demandante, recurso que fué admitido por la Corte y que ha sido legalmente sustanciado, por lo cual se procede a decidirlo.

La discusión está circunscrita a la calidad de la posesión de los demandados, para el efecto de determinar las prestaciones mutuas consiguientes a la reivindicación decretada.

El Juez del conocimiento encontró mala fe en los poseedores vencidos, y sobre esta base reguló tales prestaciones. No aceptó el Tribunal esa conclusión. Por éso reformó la sentencia en esa parte, considerando de buena fe la posesión de los demandados.

El razonamiento del Tribunal a este respecto está compendiado en estas palabras: La buena fe es la "opinión o creencia en que uno está de que posee legalmente una cosa, y mala fe aquel procedimiento en que falta una sincera y honrada convicción, que dá cabida al imperio de la malicia, cuestiones ambas pertenecientes al fuero interno del juzgador, las cuales debe apreciar, en consecuencia, con apoyo en los datos inequívocos que arrojen las pruebas producidas en el proceso, y estableciendo el artículo 768 del C. C., una presunción de derecho, cuando dice que el error en materia de hecho, no se opone a la buena fe, pero que el error en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario, importa considerar, ante todo, qué clase de error implica, el creer los demandados Luis y Miguel Patiño, que el terreno que se les reclama, era baldío, cuando lo ocuparon e iniciaron su posesión, lo mismo que la creencia que abrigaron y han hecho valer en este juicio, de que con la protocolización de unas declaraciones y mediante el otorgamiento de una escritura pública sobre compraventa de mejoras, podían desconocer con éxito un dominio establecido con títulos legales, mucho antes de que ellos ocupasen el terreno de cuya restitución trata la demanda.

"Pues bien: en presencia de los datos que arroja el expediente, piensa el Tribunal que el error en que han incurrido los tales demandados, en los términos que se dejan expuestos, es un error de hecho que no se opone a la buena fe, por lo cual, vistos los artículos 764 y 768 del C. C., así como poseedores de buena fe deben ser calificados, para los efectos de las prestaciones mutuas".

El recurso:

Principia el recurrente por decir que acusa la sentencia por el primer motivo de casación, estimando que es violatoria de la ley sustantiva "por infracción directa del artículo 964 del Código Civil y por aplicación indebida del 966 del mismo", pero a renglón seguido afirma que tales violaciones provienen "de la falta de apreciación de pruebas legalmente allegadas a los autos, lo cual lo llevó a cometer error de hecho que aparece de modo manifiesto o evidente en los mismos". Colócase, pues, en el plano de la violación indirecta, que es la que resulta de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba. Y el recurrente indica también como infringidos de ese modo los artículos 768 y 954 del C. C., el 1º de la ley 200 de 1936 y el 697 del C. J.

Las pruebas que se dicen mal apreciadas son los testimonios de José I. Alvarez, Guillermo Rodríguez Diago, Pablo Emilio Angel y Pablo Emilio Triviño, quienes, en mayo de 1948, declararon en forma contexte y dando precisa razón de sus afirmaciones:

"**Segundo.**—En la hacienda El Horizonte no he vivido por lapsos mayores de seis meses, pero con mucha frecuencia visitaba sus terrenos al pasar con rumbo a la finca de mi hermano Manuel Rodríguez D. que está situada por aquellos lados, y por ésto, me consta que los potreros a que se refieren Julio Cepeda y Gabriel de la Cuesta en sus dictámenes periciales que se me han puesto de presente, existían allí mucho antes de entrar Luis y Miguel Patiño a ocupar terrenos de la mencionada hacienda de El Horizonte. Al punto **Tercero**: Por el motivo expresado anteriormente, me consta personalmente por haberlo visto, que varios potreros de los que ocuparon los mentados Luis y Miguel Patiño, habían estado antes bajo la posesión material de la señora Isabel Angel de Castaño o su esposo señor Juan B. Castaño, pues en ellos ví pastando ganados con marca de la hacienda El Horizonte e igualmente ganados de propiedad de mi hermano Manuel Rodríguez; recibidos por la hacienda para que pastaran allí, y eran los peones de la misma finca quienes se encargaban de administrar esos ganados y cuidar los cercos de alambre que encerraban esos potreros. Al punto **cuarto**: En la parte de la hacienda mencionada que queda hacia el Departamento de Caldas, vivía un señor Juan Mosquera, quien tenía allí en calidad de arrendatario un lote de terreno, o sea el mismo que los señores Patiños dicen haberle comprado a éste, pero el lote que yo conocí en poder de éste, era mucho más pequeño del que poseyeron después los señores Patiños, por lo que presumo que éstos corrieron los cercos divisorios y extendieron su terreno en propiedades que tenían en posesión material la señora Isabel Angel de Castaño o su esposo".

La transcrita es, en lo pertinente, la declaración de Rodríguez Diago (Folio 28 C. 4°); y con algunas variaciones de detalle, pero iguales a ésta en todo lo sustancial, son las declaraciones de Alvarez, Angel y Triviño (folios 28, 30 y 31 mismo Cuaderno).

En presencia de esos testimonios, concluye el recurrente: "Aquí está manifiesto de modo evidente el error que alego, porque el fallo se limitó a apreciar esta prueba para rechazar la continuidad de los Patiños en la posesión de Mosquera, y no reconoció que allí mismo se acredita que la conducta de los Patiños es incompatible con la buena fe de poseedores. Puesto que ellos no llegaron a terrenos incultos o sin explotar económicamente, como los llama la ley 200 de 1936, en su artículo 1º; al contrario, eran terrenos que en el conocimiento de las gentes honradas que por allí estaban o pasaban con frecuencia, por motivos suficientemente explicados, tenían señales recientes e inequívocas de haber sido poseídos antes por su dueño. Hay que concluír, pues, que se prescindió indebidamente de un medio de prueba legal que obra en los autos, medio que el propio Tribunal reconoció en parte".

Se considera:

Como se ha visto, el razonamiento del Tribunal para deducir la buena fe de los demandados es muy simple: ocuparon el terreno en la creencia de que era baldío; incurrieron, de ese modo, en un error de hecho, que no se opone a la buena fe. Luego su posesión es de esta clase.

No puede la Sala admitir que de la sola creencia de que un terreno es baldío resulte la buena fe de su ocupación. Es preciso que esa creencia se justifique, se apoye en una realidad objetiva, tenga un fundamento de hecho. La Corte ha dicho al respecto: "La **bona fides** ha de considerarse... como una realidad jurídica actuante y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho sicológico de creer, que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título" (Casación de abril 21 de 1941. LI, 172).

De ahí la presunción de propiedad privada establecida en el artículo 1º de la ley 200 de 1936, que se deriva de la explotación económica del suelo, hecho ostensible, consistente en plantaciones o sementeras, ocupación con ganados y, en general, hechos positivos propios de dueño y de igual significación económica, de los cuales son complemento los cerramientos y la construcción de edificios. Y de ahí que para la prescripción excepcional que reconoce el artículo 12 de la misma ley, se exija que la buena fe de considerar baldío el terreno resulte de la inexplotación económica de éste en la época de la ocupación. Basta que el globo general del cual es parte el terreno poseído esté o haya estado demarcado por cerramientos artificiales, o que en él existan señales inequívocas de propiedad particular, para que desaparezca la presunción de

buena fe en el poseedor. Porque entonces no puede el ocupante tener conciencia limpia de haber entrado legítimamente en posesión, base indispensable de la buena fe, según el artículo 768 del C. C., que sienta, en el fondo, el mismo principio que informa las presunciones de la ley 200.

Resultando de los testimonios ya mencionados que cuando los demandados entraron a ocupar terrenos de El Horizonte, existían allí potreros de esta hacienda, a los cuales extendieron también su ocupación, es imposible admitir, sin cerrar los ojos ante esa prueba, que la posesión que en esa ocupación tuvo su origen descansara en una sana y fundada creencia de ser baldías esas tierras. Y si el sentenciador no vió en esas declaraciones una prueba palmaria de la mala fe de los Patiños, incurrió en un evidente error de hecho al apreciarlas o al pasarlas por alto para tal efecto. Y ese error manifiesto lo llevó a violar los artículos 768, 964 y 966 del Código Civil, porque contrarió el sentido de la definición que de buena fe dá la primera de tales normas, y aplicó indebidamente las otras, limitando las prestaciones de los demandados a los frutos percibidos después de la contestación de la demanda, que es lo que corresponde al poseedor de buena fe, y ordenando el abono de mejoras útiles, derecho que sólo concede la última de dichas disposiciones al poseedor de buena fe, pues el de mala fe sólo tiene, respecto de tales mejoras, el derecho de llevarse los materiales separables sin detrimento de la cosa, si el propietario rehusa pagarle el precio que tendrían después de separados.

El mismo Tribunal encargóse de sentar la base de la mala fe de los demandados, cuando llegó a la conclusión de que "no es verdad que los Patiños hayan continuado ocupando lo que Juan Mosquera poseía, ya que está demostrado que sin haber adquirido de Mosquera, fueron ensanchando su posesión y ocupando y cercando potreros en los cuales desde mucho tiempo atrás pastaban ganados de los dueños de El Horizonte, que no tienen por qué ser avaluados como mejoras puestas por ellos".

Y después de esa conclusión tan terminante, que se funda precisamente en los testimonios a que se ha hecho referencia, el sentenciador opta por considerar de buena fe la posesión de los Patiños, quienes ningún título exhibieron, y sin contar con que la afirmación de que habían sucedido a Mosquera, lejos de haber sido acreditada, resultó absolutamente inexacta.

Prospera, pues, el cargo referido, que determina la casación de la sentencia recurrida, en la parte que ha sido materia del recurso, el cual —se repite— sólo se refiere a las prestaciones mutuas que son consecuenciales de la reivindicación.

Las mismas razones que han servido para convencer de la procedencia del cargo sirven para confirmar, en lo pertinente, la sentencia de primer grado, que partió de la base de la mala fe de los demandados, para el efecto de regular las prestaciones relativas a frutos y mejoras, las cuales están ordenadas enteramente de acuerdo con lo que disponen los artículos 964 a 967 del C. C., sin que haya, por tanto, lugar a modificarlas.

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, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales con fecha treinta (30) de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), es decir, en cuanto reformó las declaraciones **segunda** y **tercera** de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado promiscuo de La Dorada el 27 de noviembre de 1947; y confirma, en esa parte, esta última sentencia.

En todo lo demás queda en firme la referida sentencia del Tribunal de Manizales.

Sin costas en las instancias, ni en la casación.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda-Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario en ppdad.

EL DERECHO DE DOMINIO QUE CADA TITULAR TIENE SOBRE EL FUNDO AFECTADO POR UNA SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO, LE DA ACCIONES PROPIAS FRENTE AL DUEÑO DEL PREDIO DOMINANTE QUE HA DE BENEFICIARSE DE LA OBRA; ACCIONES QUE PUEDE EJERCER CON INDEPENDENCIA DE LOS PROPIETARIOS DE LOS OTROS PREDIOS GRAVADOS POR LA MISMA SERVIDUMBRE.—EL PESO DE UNA MISMA SERVIDUMBRE SOBRE VARIOS PREDIOS NO IMPLICA QUE SE FORME UNA COMUNIDAD PASIVA ENTRE ELLOS

El Tribunal estimó que la relación que una servidumbre de acueducto establece entre el predio dominante y las distintas heredades sirvientes, es una misma e indivisible. Así, pues, son sujetos de esta relación, por una parte el dueño del predio dominante, y por la otra, formando un grupo inseparable y una especie de comunidad para tales efectos, los dueños de los fundos sirvientes. Fué guiado por tan equivocada manera de enjuiciar el asunto, como creyó indispensable la demanda conjunta de todos éstos para ventilar, de una vez y respecto de unos y otros, los litigios que pudieran causarse con ocasión del acueducto o acequia.

Sin duda alguna es errónea la apreciación del Tribunal. El derecho de dominio que cada titular tiene sobre el fundo afectado por una servidumbre de acueducto, le dá acciones propias frente al dueño del predio dominante que ha de beneficarse con la obra. Esto quiere decir que puede ejercerlas con independencia de los demás, gravados por la misma servidumbre. Las indemnizaciones, compensaciones y garantías que la ley dá a cada propietario de éstos, tienen su origen en el respectivo dominio y, como cualquier otro atributo que sea consecuencia de la propiedad, pueden ser reclamadas sin sujeción a terceros, por el correspondiente interesado.

El peso de una misma servidumbre sobre varios predios no implica en manera alguna que se forme una comunidad pasiva entre ellos, de modo que queden asociados, por razón de aquel gravamen, para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. La individualidad de cada predio se conserva intacta, pues no obstante que esa común servidumbre los coloca en situación semejante, en ningún caso llega a determinar la formación entre ellos de un consorcio para la defensa extrajudicial o judicial de sus derechos y el ejercicio de las acciones que de éstos emanan.

La tesis del Tribunal equivale a decir que ninguno de los dueños de predios sirvientes puede transigir ni contratar separadamente con el propietario del dominante, respecto a la servidumbre y sus características y a las indemnizaciones a que haya lugar. Tesis insostenible, porque en cualquiera de estos casos cada interesado está ejercitando los derechos propios de su calidad de dueño, sea que lo haga en forma amigable y directa o por intermedio de los jueces competentes.

Igualmente, la propsición del Tribunal significa que ninguno de los dueños de predios sirvientes puede renunciar en forma aislada los derechos que la ley le dá para el pago de las zonas ocupadas, indemnizaciones, etc., porque haría imposible el ejercicio de los derechos de los demás; y, viceversa, indica que bastaría con que uno de ellos se negara a recurrir a la justicia en reclamación de esos derechos, para que todos se vieran en la necesidad de adoptar idéntica conducta. Así como salta a la vista lo inaceptable de tales suposiciones, surge patente el error del Tribunal al considerar ineptas las peticiones de la demanda, so pretexto de que han debido obrar en común todos los dueños de predios sirvientes gravados con el acueducto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, octubre once de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

El 11 de junio de 1946 los cónyuges Benjamín Mera V. y Primitiva Samaniego de Mera, por medio de apoderado demandaron ante el Juzgado Civil del Circuito de Caloto a la Compañía Agropecuaria de la Bolsa y Periconegro, domiciliada en Bogotá y representada por su Gerente señor Ricardo Holguín, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primera.** — Declárase que el inmueble rural ubicado en el Municipio de Caloto, perteneciente a la sociedad conyugal formada por los legítimos cónyuges señor Don Benjamín Mera V. y Primitiva Samaniego de Mera, inmueble éste formado, a la vez, por los predios de "Las Brisas o Las Guacas" y "La Josefina", y cuyos correspondientes linderos son estos: (Repítanse o insértense aquí los límites dados en el **hecho Primero** y en el **hecho Tercero de la presente demanda**), **no están gravados ni soportan** servidumbre alguna de acueducto por medio de acequias, zanjas, canales, etc., a favor del inmueble rural ubicado en los Municipios de Caloto, Santander y Puerto Tejada, perteneciente a la Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A., domiciliada en Bogotá, predio dominante éste formado, a su vez por los siguientes lotes o globos parciales de terreno: (Repítanse o insértense aquí los linderos y demás especificaciones dadas para los diversos globos de terreno mencionados en el **Hecho Décimosexto** de la demanda).

Segunda. Consecuencialmente declárase que la Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A., domiciliada en Bogotá, representada por su Gerente señor Ricardo Holguín, queda obligada en forma ineludible y perentoria a cegar, tapar o destruír acueducto o acequia con la cual ha impuesto una servidumbre de acuducto al predio de la sociedad conyugal demandante, cuyos límites y demás especificaciones se han dado en la declaración anterior, acueducto éste que atraviesa el predio sirviente en una extensión aproximada de dos y medio kilómetros, siendo de advertir que la Compañía demandada destruirá, asímismo, toda obra anexa al dicho acueducto, a fin de que las cosas vuelvan al estado anterior a la construcción de ese acueducto. La destrucción de esas obras que forman el acueducto en mención deberá ser ejecutada dentro de los quince días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

Tercera: Asímismo condénase a la Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A., domiciliada en Bogotá, a pagar a la sociedad conyugal formada por los esposos legítimos Benjamín Mera V. y Primitiva Samaniego de Mera, o a quien sus derechos represente, el valor de los daños y perjuicios causados en el predio sirviente con la indebida construcción del acueducto materia de este juicio. Esa regulación se hará en la forma prevista en el artículo 553 del C. Judicial.

Cuarta: Condénase en costas judiciales a la Compañía demandada".

Los primeros ocho hechos de la demanda se limitan a establecer la tradición del inmueble perteneciente a la Sociedad conyugal formada por los demandantes, al cual se refiere la petición primera del libelo. Los diez hechos restantes determinan la fecha de constitución de la Sociedad conyugal Mera-Samaniego (1909), aún ilíquida, y dan cuenta de que sin título justo ni legal y sin el consentimiento de los demandantes, el señor Ricardo Holguín estableció desde ocho años atrás una servidumbre de acueducto que grava el predio de aquéllos. Según se refiere en los hechos duodécimo a décimo cuarto "ese acueducto impuesto al predio de mis poderdantes consiste en una acequia profunda y ancha que parte del Río Palo, en la margen izquierda, un poco arriba del paso del camino carreteable que va del Crucero de Caloto a Guachené, en el Municipio de Caloto, y después de atravesar dicha acequia varios predios pertenecientes a terceras personas, entre las que se puede citar a Heliodoro Caicedo, penetra directamente a los predios de "Las Brisas" o "Las Guacas" y "La Josefina", perteneciente a los cónyuges Mera V. Samaniego, y recorre o atraviesa tales predios en una longitud de unos dos y medio kilómetros, siendo de advertir que tal acequia conductora de agua está dotada de varios pontones de cemento. Luego de recorrer los terrenos de mis poderdantes sigue en dirección de las tierras pertenecientes a la Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro, a las que va a beneficiar de modo directo y exclusivo. **Décimo tercero:** Esa acequia o servidumbre de acueducto causa enormes daños y perjuicios en la propiedad de los esposos Mera Samaniego, pues forma contínuas ciénagas y pantanos; ha hecho desmerecer la propiedad porque la ha dividido con esta acequia que es ancha y profunda; ha causado y sigue causando filtraciones, desagues, inundaciones, etc., y, además, con mucha frecuencia los semovientes que pastan en tal propiedad han caído a esa acequia y si no mueren, como ha ocurrido en varias ocasiones, quedan las-

timados y maltrechos. **Décimo cuarto:** La Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A., domiciliada en Bogotá, fué constituída como se insinuó atrás por escritura pública número doscientos sesenta (260) de veintidos (22) de febrero de mil novecientos treinta y ocho (1938), otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá, y registrada en la Oficina de Registro de esa ciudad el 17 de marzo de 1938, bajo partida número 547, como también fué registrada en las demás Oficinas donde tenía que cumplirse con esta formalidad, y en la respectiva Cámara de Comercio. **Décimo quinto:** Según certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, que acompaño a esta demanda, el Gerente de la Compañía demandada es el señor Ricardo Holguín, que reside en Bogotá".

El representante de la sociedad demandada contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones de la parte actora y negando el derecho invocado. Respecto a los hechos fundamentales dijo: "10: Es cierto que la Compañía que represento se beneficia de un acueducto por ella construído, el cual toma las aguas del río Palo. La Compañía tiene sobre tales aguas derecho preferencial por prescripción para usar y servirse de tales aguas, y consiguientemente tiene el derecho accesorio a conducirlas por el cauce, acueducto o acequia construído en terrenos de los demandantes. Si ésto no fuera suficiente título, que sí lo es, (art. 893 del C. C.), la Compañía puede invocar el título que le dá la ley para seguir conduciendo tales aguas, necesarias para el cultivo de sus cultivos, sementeras y pastos, por la acequia o acueducto a que se refiere este juicio (art. 919 del C. C.). 11. Acepto que el acueducto fué construído hace más de ocho años. Acepto que las obras fueron construídas sin permiso de los demandantes, pero aclaro: los demandantes no se opusieron en forma alguna al adelantamiento de los trabajos, los que se realizaron a ciencia y paciencia de los mismos, lo cual produce efectos claramente determinados por la ley (art. 739 del C. C.)".

Propuso, además las siguientes excepciones perentorias: "**Carencia de personería sustantiva de la parte demandante** por no ser la sociedad conyugal Mera-Samaniego dueña y poseedora de todos los predios que tienen el carácter de sirvientes. En el alegato de conclusión se agrega también como fundamento de esta excepción, el hecho de perseguirse el cegamiento del acueducto en la totalidad de su curso y como la sociedad conyugal demandante no es dueña de todos los predios sirvientes, no puede apropiarse la personería en relación con ellos. "**Carencia de personería sustantiva de la parte demandada** por no ser la "Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A.", dueña y poseedora del predio dominante, tal como ha sido determinado este predio por el actor. "**Prescripción adquisitiva** a favor de la "Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A." del derecho a usar y servirse de las aguas del río Palo, en beneficio de los predios de que es dueña así como también del derecho accesorio de conducir dichas aguas por el cauce, acueducto o acequia construído en el predio de los demandantes, excepción que opongo por haber transcurrido más de ocho años desde la construcción de las obras necesarias y aparentes para el uso y conducción de las aguas del mencionado Acueducto en terreno de propiedad de los demandantes. **Prescripción adquisitiva de la servidumbre de acueducto** por haber transcurrido diez años completos desde su establecimiento (artículo 9º inciso 2º de la Ley 95 de 1890). **Excepción innominada.** Niego el derecho invocado por la parte demandante. Por separado presento demanda de reconvención".

Acto seguido fué presentada demanda de reconvención para que en la sentencia que le ponga fin al litigio se hagan las siguientes declaraciones: "1ª La "Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A.", sociedad anónima, domiciliada en Bogotá, ha adquirido por prescripción derecho preferencial para usar y servirse de las aguas del río Palo, en beneficio de los predios de que es dueña que son los determinados en el hecho primero de esta demanda, o sean los predios que se deslindan así (aquí se copiarán los linderos del expresado hecho), así como también el derecho accesorio o a conducir dichas aguas por el cauce, acueducto o acequia que partiendo de la margen izquierda del río Palo, un poco arriba del paso del camino carreteable que va del crucero de Caloto o Guachené, en este Municipio, y atravesando los predios de varios propietarios entre ellos el de Heliodoro Caicedo, penetra a los predios denominados "Las Brisas o Las Guacas" y "La Josefina", de propiedad de la sociedad conyugal demandada, deslindados así: (aquí los linderos dados en el hecho 3º de esta contrademanda), y sigue en dirección a los predios de la Compañía demandante.

En subsidio de la anterior la siguiente: A. La "Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro", o mejor los predios rurales de que es dueña esta Compañía, que se determinan así: (aquí deben copiarse los linderos y determinaciones dados en el hecho 1º de esta contrademanda) gozan por prescripción adquisitiva del derecho de servidum-

bre de acueducto, por un canal o acequia que partiendo de la margen izquierda del río Palo, un poco arriba del Paso de Guachené, y atravesando varios predios de terceros, atraviesa igualmente los predios denominados "Las Brisas o Las Guacas" y "La Josefina", de propiedad de la sociedad conyugal demandada, predios estos últimos que tienen el carácter de sirvientes y se deslindan así: (aquí deben copiarse los linderos dados en el hecho 3º de esta contrademanda).

En subsidio de las anteriores la siguiente: 1ª B. "Los predios rurales denominados "Las Brisas o Las Guacas" y "La Josefina", de propiedad de la sociedad conyugal formada por don Benjamín Mera y señora Primitiva Samaniego de Mera, están sujetos a la servidumbre legal de acueducto a favor de los predios rurales denominados "Santa Gertrudis" y "San Jacinto", de propiedad de la "Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A.", sociedad anónima, domiciliada en Bogotá, servidumbre legal que se ejerce por medio de una acequia o canal artificial que partiendo de la margen izquierda del río Palo, en el sitio del Paso de Guachené (un poco arriba) atraviesa varios predios, entre ellos los de la sociedad conyugal demandada. Los linderos de los predios dominantes que son los de la "Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A." son los siguientes: (aquí los dados en el hecho 1º de esta contrademanda). Los de los predios sujetos a la servidumbre legal que son los de la sociedad conyugal formada por don Benjamín Mera y doña Primitiva Samaniego de Mera, son los siguientes: (aquí los dados en el hecho 3º de esta contrademanda).

En subsidio de todas las anteriores, la siguiente: 1ª C. Para obtener que se ciegue, tape o destruya, acueducto, acequia o canal artificial a que se refiere este juicio, conforme a la petición segunda de la demanda por ella promovida, la sociedad conyugal formada por don Benjamín Mera y doña Primitiva Samaniego de Mera, está obligada a pagar a la "Compañía Agropecuaria de la Bolsa y Periconegro S. A.", el valor de tal obra, cuyo precio se establecerá en juicio separado. 2ª—En consecuencia de la declaración anterior (la que se hiciere en el orden de las súplicas) la "Compañía Agropecuaria de la Bolsa y Periconegro S. A." tiene derecho a seguir beneficiándose de la acequia o canal artificial a que se refiere este juicio, en la parte que atraviesan los predios de la sociedad conyugal demandada. 3ª—Condénase en costas a la sociedad conyugal demandada o reconvenida".

Lo expuesto en los hechos fundamentales de la contrademanda puede sintetizarse así: "1º—La **"Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A."**, sociedad que tiene su domicilio en Bogotá, es dueña y poseedora de los predios rurales denominados "Santa Gertrudis" y "San Jacinto" ubicados en los Municipios de Caloto, Santander y Puerto Tejada, lotes que forman todos un solo predio.

2º—El predio que se acaba de determinar está destinado para sementeras, plantaciones agrícolas y pastos, y carecía hace algunos años —antes de la construcción del canal artificial a que se refiere este juicio— de las aguas necesarias para su aprovechamiento económico.

4º—Desde principios del año de mil novecientos treinta y seis y para utilizar las aguas del río Palo, fué construída una acequia que partiendo de la margen izquierda del río Palo, cerca al sitio conocido con el nombre de Paso de Guachené, y atravesando varios predios, entre ellos, en una pequeña extensión los de la sociedad conyugal Mera-Samaniego que se acaban de delimitar en el hecho anterior, llevan tales aguas al predio de la "Compañía Agropecuaria de la Bolsa y Periconegro S. A." que se quedó determinado en el hecho primero.

5º — **Tal canal artificial fué construído por mi mandante** sin autorización de la sociedad conyugal Mera-Samaniego, pero a ciencia y paciencia de esta sociedad conyugal, y ocupa, en parte de su trayecto una pequeña zona de terreno del predio determinado en el hecho tercero.

6º—Desde su construcción, y en forma contínua y aparente, son trasladadas por tal canal las aguas del río Palo necesarias para los cultivos, sementeras y pastos del predio de propiedad de mis mandantes.

7º—Es natural que a la sociedad conyugal Mera-Samaniego le interesa servirse y utilizarse de esas mismas aguas.

8º—La construcción del acueducto costó a la Compañía que represento más de cien mil pesos ($ 100.000) m/l.

10º—El canal artificial a que me vengo refiriendo y a que se refiere este juicio llena las condiciones técnicas necesarias para evitar derrumbes, estacionamiento de aguas, acumulación de basuras, y tiene de trecho en trecho los puentes necesarios para la cómoda administración y cultivo de la heredad sirviente, pero si se observare alguna deficiencia técnica en la parte que interesa a los demandantes no tiene mi poderdante inconveniente alguno en tomar las medidas del caso".

Los contrademandados contestaron manifestando que los predios de la Compañía Agropecuaria

de La Bolsa y Periconegro disfrutan desde hace muchos años de agua suficiente que les proporciona la acequia de "Guayabal", derivada del Río Palo, la cual puede ensancharse en el caso de que la sociedad demandada llegue a necesitar más agua. Niegan que la acequia objeto de la litis se hubiera comenzado a construír a principios del año de 1936, y afirman que fué a mediados de 1938 cuando se empezó a utilizar. Manifiestan que el canal atraviesa el predio sirviente en un trecho de 2½ kilómetros, que el servicio de aguas se ha interrumpido muchas veces por largos intervalos y que no es cierto que ellos hubieran aceptado sin resistencia la construcción del acueducto. Sobre este particular expresan que se les hizo creer que se trataba de una obra del gobierno cuyo objeto era el de abastecer de agua potable a las poblaciones de Villarica y Puerto Tejada. Agregan que como la obra tenía apariencia de ser oficial, dirigida por empleados del gobierno, se sintieron imposibilitados para luchar contra la misma autoridad. "A la postre, —concluyen— por esa acequia no se conduce una sola gota de agua a Villarrica ni a Puerto Tejada".

Los contrademandados propusieron las excepciones perentorias de petición de modo indebido y antes de tiempo y la de carencia de acción. Finalmente, por conducto de su apoderado, propusieron al Juez del conocimiento: "Para el improbable caso de que usted llegara a declarar la existencia de la servidumbre legal de acueducto (art. 919 del C. Civil), pido que se tengan en cuenta las prestaciones establecidas por el artículo 923 del Código Civil, a favor de mi poderdante, especialmente lo que preve el inciso 2º de dicho artículo Asímismo, para cualquiera de los casos en que usted llegare a reconocer derecho a la Compañía demandada para seguir ejerciendo la servidumbre le pido se tengan en cuenta las prescripciones dadas por el artículo 921 del C. Civil. Además de cercas paralelas al cauce en los sitios profundos. Expresamente pido la absolución para mis poderdantes de los cargos contenidos en el libelo de reconvención y que se condene en costas a la Compañía demandada".

Apoyado en las amplias consideraciones que allí se exponen, el fallo de primera instancia dispuso:

"**Primero.**—No están probadas las excepciones perentorias propuestas por las partes en las contestaciones que cada una de ellas dió a las respectivas demandas, principal y de reconvención, con que se inició este juicio.

Segundo.—No es del caso hacer, y no se hacen, las declaraciones **Primera, Segunda** y **Cuarta** formuladas por los demandantes en el libelo principal, ni la principal ni las subsidiarias 1ª A, 1ª C y 3ª formuladas por la entidad demandada en la demanda de reconvención.

Tercero.—En cambio de lo anterior, se declara que el inmueble de la sociedad conyugal formada por Benjamín Mera V. y Primitiva Samaniego, mayores de edad y vecinos de Cali, ubicado en términos de este Municipio de Caloto, constituído por los predios denominados Las Brisas o Las Guacas y La Josefina, delimitados como más adelante se expresa, está gravado con una servidumbre de acueducto que se ejerce por un canal denominado de Guachené o de Los Holguines, el cual arranca de la margen izquierda del río Palo en el paso del camino público que de Caloto conduce a Guachené y después de atravesar varias heredades de terceras personas, penetra y atraviesa el citado inmueble sirviente, a favor del inmueble de la Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A., la cual gira ahora con la razón social de Periconegro limitada, domiciliada en Bogotá, inmueble dicho que se halla ubicado en términos de este municipio y del de Santander (Cauca), constituído por los lotes de Santa Gertrudis y San Jacinto, delimitados también como luégo se expresa y, como consecuencia, la aludida sociedad de Periconegro Limitada podrá seguir utilizando dicho acueducto, en la parte que afecta la heredad sirviente mencionada, para la explotación de su aludido inmueble dominante. Los linderos del inmueble dominante, son los siguientes: **Santa Gertrudis:** "Este globo está dividido en dos porciones por la carretera que de Puerto Tejada conduce a Santander. La porción oc ental se llamará Angola y la otra conservará el nombre de Santa Gertrudis. Ambas porciones están subdivididas en varios potreros, y se adjudican por sus linderos naturales o sea por los mismos que figuran en la causa mortuoria de la señora Sofía M. de Arboleda en la hijuela de doña Cecilia Arboleda de Holguín, a saber: se separa del lote de la antigua hacienda de La Bolsa que se adjudicó a Gonzalo Arboleda, por una recta que va del puente del camino que va para Santander en el caño de Taula, a la esquina que forma el llano contra la ciénaga que es el lindero Norte; por el Oriente con el caño de Taula; por el Sur, cerco divisorio de por medio, en línea recta atravesando la carretera, desde el caño de Taula hasta el zanjón de Bodega, lindando en esta parte con la porción del llano de San Jacinto que se adjudicó a Julio Arboleda M. en

la mortuoria de doña Sofía M. de Arboleda y que es hoy de Alfonso Caicedo; y por el Occidente, zanjón de Bodegas aguas abajo, lindando con el llano de La Montoya, hasta la esquina que forma el llano contra la ciénaga, primer lindero". **San Jacinto:** "Está formado por la porción Sur del antiguo llano de San Jacinto que en la causa mortuoria de doña Sofía M. de Arboleda fué adjudicada a María, Luis y Hernando Arboleda U. y por la parte Sureste del llano de El Limón que quedó segregada de dicho llano por haberla cortado la carretera. Los linderos de este globo, son los siguientes: "Desde donde comienza la zanja de Bodegas el cerco divisorio con la otra porción del antiguo llano de San Jacinto adjudicado a Julio Arboleda M., en la mortuoria de doña Sofía M. de Arboleda, hoy de Alfonso Caicedo, dicho cerco línea recta atravesando la carretera hasta el caño de Taula; dicho caño aguas arriba, hasta el límite de la antigua hacienda de La Bolsa, o sea con los terrenos que en la mortuoria de doña Sofía M. de Arboleda figuran con el nombre de **"Lotes Vendidos"**, siguiendo este lindero hasta la carretera que va para Santander; se vuelve por dicha carretera hasta el monte sobre el antiguo cauce de Bodegas, y por dicho cauce aguas abajo, hasta el primer lindero o punto de partida". Los linderos del inmueble sirviente, son los siguientes: **Las Brisas** o **Las Guacas:** "Partiendo del mojón Nº 22 que sirve de límite con propiedad de Jaime Gómez C. y que está situado arriba del paso de Carrumba, en el río Palo, se sigue hacia el Sur en línea recta que mide mil quinientos diez y seis metros (1.516) hasta el mojón número 23 que está colocado a la orilla de la acequia de Quintero; de este mojón Nº 23 se sigue por el cauce de la acequia, aguas abajo en una extensión de mil quinientos veinticuatro (1.524) metros, medidos siguiendo la dirección actual de la mencionada acequia en todas sus sinuosidades, hasta un mojón llamado A., colocado a la orilla de la acequia donde terminan los mil quinientos veinticuatro (1.524) metros; de ese mojón A. se sigue hacia el Oriente, en línea recta, hasta el mojón B colocado a orilla del zanjón de El Muerto; de este mojón B. se sigue en línea recta por una hilera de árboles de nacedero hasta el río Palo; de aquí se sigue el curso del río Palo, aguas arriba hasta el mojón número 22 primer punto de partida". **La Josefina:** "Por el norte, el río Palo, desde el mojón Nº once (11), línea recta, a la esquina N. E. de la secadora, cuya línea sirve de lindero sobre el Occidente con terreno de Jaime Gómez G.; de esta esquina que queda como mojón número treinta (30) sigue una línea recta hacia el Sur hasta dar con un mojón número veintinueve (29) distante del mojón número treinta, catorce metros ochenta centímetros (14 mts. 80 cms.); del mojón número veintinueve hacia el centro del patio y secadora se sigue una línea hasta encontrar un mojón a los diez y seis metros cuarenta centímetros (16 mts. 40 cms.) el cual queda designado con el número veintiocho (28); de este mojón sigue la línea por el patio, hacia el Sur, de unos nueve (9) metros y frente a la pared occidental de la cocina donde está el mojón número veintisiete (27); de este mojón sigue la línea en dirección al centro de la pared que divide la sala de la primera alcoba y que pasando por el centro de la pared mencionada sale al corredor que está situado al S. E. de la casa; continúa la línea por el patio, llevando siempre la dirección de la pared hasta llegar al mojón número veintiseis (26) situado en la cerca del patio e inmediato a la portada, un poco hacia el Sur, de este mojón sigue una línea hacia el sur por la cerca del patio hasta dar con la acequia de Quintero, donde está **el mojón número veinticinco** (25); de este mojón sigue hacia el Sur, siguiendo el curso de la acequia, aguas arriba, la cual sirve de límite con el terreno de Jaime Gómez C. hasta encontrar un mojón denominado A., el cual sirve de límite con el terreno de Benjamín Mera V.; de este mojón una línea recta hacia el Oriente, hasta encontrar el mojón B. que está situado a orillas del zanjón de El Muerto; de este mojón una línea recta marcada con nacederos hasta dar con el río Palo; por el Oriente, río Palo aguas abajo hasta encontrar el mojón número once (11) punto de partida".

Cuarto. La sociedad dueña del predio dominante, a que hace referencia la declaración anterior, una vez ejecutoriada esta sentencia pagará a la sociedad conyugal formada por Benjamín Mera V. y Primitiva Samaniego de Mera, mencionada asímismo en dicha declaración, el valor de la zona ocupada por el acueducto ya citado, de veintiocho mil ochenta metros cuadrados (28.080 m2.), más un diez por ciento (10%) de tal valor, y el de los perjuicios ocasionados, consistentes en el desmejoramiento del precio del inmueble sirviente como consecuencia de la construcción de la acequia y de lo insuficiente e inadecuado de los puentes que tiene, valores todos ellos cuya regulación se hará en la oportunidad y forma previstas en el artículo 553 del Código Judicial.

Quinto. Cancélese la inscripción de la demanda.

Sexto. Sin costas".

Sentencia recurrida

Ambas partes apelaron. En la segunda instancia se practicaron nuevas pruebas a solicitud de los litigantes. Finalmente, el Tribunal Superior de Popayán en providencia fechada el 22 de junio de 1949 revocó el fallo de primer grado, y en su lugar dispuso:

"**Primero.**—Declárase probada la excepción perentoria de 'petición de modo indebido', respecto de la demanda principal;

"**Segundo.**—Decláranse probadas las excepciones de 'inepta demanda' y 'petición de modo indebido', en lo que se refiere a la demanda de reconvención; y,

"**Tercero.**—En el sentido de las anteriores decisiones, absuélvese a la Compañía Agropecuaria de 'La Bolsa y Periconegro S. A.', domiciliada en Bogotá, de los cargos formulados en la demanda principal de fecha siete de junio de mil novecientos cuarenta y seis y a la sociedad conyugal formada por Benjamín Mera V. y Primitiva Samaniego de Mera, de los contenidos en la demanda de reconvención fechada el tres de septiembre del mismo año. Sin costas en ambas instancias".

Las anteriores conclusiones del Tribunal se apoyan en las razones que en seguida se transcriben: "Son varios los predios sirvientes y varios también los predios dominantes y tanto en la primera categoría como en la segunda figuran terrenos que no pertenecen a los demandantes ni a la Compañía demandada, a lo cual puede agregarse que según las demostraciones traídas en la segunda instancia, el Departamento del Cauca intervino para la construcción de la acequia o acueducto motivo del litigio y que dicha entidad no ha sido demandada.

"Todo ésto significa que la demanda principal adolece del vicio que en derecho procesal se denomina 'petición de modo indebido', ya que debió dirigirse contra todos los dueños de los prédios dominantes, o sea, de los que aprovechan las aguas que corren por la acequia o canal de 'Los Holguines', y no contra sólo uno de ellos. Será necesario, por tanto, declarar probada, respecto de la demanda principal, la excepción perentoria de 'petición de modo indebido', y absolver, en consecuencia, al demandado.

"**Demanda de reconvención.** Como fundamento de la decisión que haya de adoptarse respecto de ella, basta leer con cuidado la primera petición principal y la subsidiaria 1ª B. para comprender que ellas implican el ejercicio de acciones sujetas a distinto procedimiento y que por lo tanto no pueden tramitarse bajo una misma cuerda. En efecto: la principal está sujeta a la tramitación del juicio ordinario porque el legislador no ha señalado para tal caso ninguno especial, y la subsidiaria, por referirse a la imposición de una servidumbre, debe seguir el procedimiento especial iniciado por el Título XXVII del Código Judicial.

"Ahora bien, si el libelo de reconvención contraría lo dispuesto por el art. 209 del C. Judicial, la demanda puede calificarse de 'inepta', y no es instrumento adecuado para producir los efectos que con ella se persiguen. Más aún: la demanda de reconvención se dirige contra la Compañía Agropecuaria de 'La Bolsa y Periconegro S. A.' (sic) y no contra todos los dueños de los predios sirvientes, de tal suerte que también aparece afectada por el vicio denominado 'petición de modo indebido', y será indispensable declarar probada la excepción así denominada. Las declaraciones ya indicadas, dispensan al Juzgador de segunda instancia de un estudio a fondo de las cuestiones propuestas tanto en la demanda principal como en la de reconvención, y conducen a la absolución de las partes, sin que ninguna de ellas quede sujeta al pago de costas procesales, tanto porque ambas apelaron del fallo de primera instancia como porque no se descubre temeridad en su actitud".

El recurso

La parte actora ha interpuesto recurso de casación para que se dé "una solución concreta a los derechos sustantivos invocados en la demanda", haciendo notar el recurrente "la violación indirecta por falta de aplicación de las disposiciones sustantivas que habrían prevalecido en el supuesto de no haberse reconocido el dilatorio recurso procesal", con el cual el sentenciador incurrió en denegación del derecho a ser oído, de triunfar o ser vencido en juicio.

La acusación contra la sentencia del Tribunal se concreta en los siguientes apartes de la demanda de casación:

"En primer lugar, al echar mano de la excepción, cometió el error de exigir una agrupación activa y pasiva, de demandantes y demandados, un litis consorcio plural y solidario, que en ninguna parte impone o exige la ley, ni la sustantiva ni la procesal.

"El Tribunal, al negarse a considerar y a decidir

la acción principal de negación de servidumbre y la de pago del costo y perjuicios irrogados al predio sirviente con su establecimiento indebido, por considerar que la demanda debió originarse contra todos los dueños de los predios dominantes, o sea de los que aprovechan las aguas que corren por la acequia o canal de Los Holguines y no contra sólo uno de ellos, violó el art. 883 del C. C., que establece que la servidumbre es inseparable del predio que activa o pasivamente pertenece, porque este artículo no quiere decir que el dueño del predio que soporta pasivamente una servidumbre tenga que asociarse con los dueños de otros predios sirvientes para discutir frente a todos los dueños del predio dominante las condiciones de exigibilidad, costo y servicio del gravamen que sufren, sino, por el contrario, es cada propietario del predio sirviente el que puede y debe juzgar sus condiciones o circunstancias inherentes al mismo predio y aquellas que dicen relación al predio dominante.

"El contexto de los arts. 884 y 887 inclusive del C. C., están mostrando que la defensa de los derechos positivos y negatorios de una servidumbre, son de apreciación individual y no colectiva.

"Por lo demás, interpretar las posibiildades de la litis judiciales sobre establecimiento, ejercicio, negación y extinción de servidumbres, en el sentido de exigir un entendimiento mutuo y una solidaridad de puntos de vista entre los dueños de los distintos predios sirvientes, frente a todos los dominantes, sería la negación misma del derecho, y hacerlo nugatorio, porque bastaría que uno sólo de ellos se negara a colaborar o se pusiera al contrario de acuerdo con el dueño del predio dominante, para hacer imposible la litis consorcio colectiva o activa.

"Si el Tribunal hubiera aplicado estos preceptos entendiéndolos así, no habría cometido el error de exigir la litis consorcio como condición propia y necesaria de la litis contestation, y, como no los tuvo en cuenta para informar su decisión, los violó, ya por no haberlos aplicado, ya porque, si pensó en ellos, los interpretó erróneamente.

"El Tribunal sentenciador, al acogerse a la excepción de petición de un modo indebido y excusarse de decidir a fondo la relación jurídica, no paró mientes en la correcta interpretación del artículo 1581 del C. C. y dejó de aplicarlo en su sentido propio. Dicho artículo, congruente con el 883 antes aludido, sienta la norma de la divisibilidad o no de las obligaciones, según tengan o no tengan por objeto una cosa susceptible de división, sea física, sea intelectual o de cuota; como ejemplo de obligación indivisible trae la 'de conceder una servidumbre de tránsito' y como ejemplo de divisible, la de pagar una suma de dinero.

"Lo que este artículo llama obligación indivisible es aquella que no puede ejecutarse por partes, sino que hay que cumplirla íntegra o de lo contrario no se cumple; no hay medias maneras para satisfacerla.

"De modo pues que la calidad de indivisible que es propia de la obligación de conceder una servidumbre ni significa que su discusión ante los Tribunales haya de hacerse indivisiblemente con todos los dueños de los predios dominantes y por todos los dueños de los predios sirvientes, lo cual sería tanto como entender que ellos tienen un fuero solidario, a lo cual conduciría la indivisibilidad, para ir a los Tribunales a discutir las acciones negatorias e impositivas de servidumbres de tránsito o de acueducto.

"Como el Tribunal sentenciador tuvo el buen cuidado de no citar ni comentar ninguna disposición sustantiva, tengo que creer que a esta clase de equivocaciones obedece implícitamente su pensamiento, mas no por ello dejó de violar una disposición que, de haberse aplicado, habría influído y determinado una decisión contraria. En efecto, como lo anotó el juez de primera instancia, el carácter indivisible de la obligación de conceder una servidumbre, para el efecto de discutirla judicialmente en acción negatoria o positiva, no conlleva la necesidad de la litis consorcio, pues que las condiciones de servidumbre son propias o individuales de las circunstancias de cada predio frente a otro, así como también pueden pactarse, por acuerdo voluntario de los dueños, aisladamente; si se acude a la vía judicial es porque cuando ha sido imposible un acuerdo aislado con alguno o algunos. Exigir pues la litis consorcio pasiva a todo trance, a más de ser inoperante o imposible en muchos casos, y de dividir la continencia de la causa, equivale a interpretar mal y dejar de aplicar los artículos 883 y 1581 del C. C., de cuya violación acuso al Tribunal Superior de Popayán. Lo anterior aparece confirmado por otro aspecto, que por no haberse tenido en cuenta constituye otro motivo de casación. El artículo 919 del C. C. consagra dos acciones, o dos derechos, el derecho o acción real de constitución y establecimiento de una servidumbre de acueducto, y el derecho o acción personal de pago de las expensas y perjuicios a favor del predio sirviente, derecho éste personal, anexo al dueño del predio sirviente, como lo prescriben los

artículos siguientes, especialmente el 923. El que discute, como dueño del predio servil, las condiciones axiológicas de la constitución y regulación de la servidumbre, tiene, por ello, ipso jure, el derecho de que se le regulen y paguen las expensas y condiciones de ejercicio de la servidumbre. Y si el acueducto ya está construído, tiene el derecho al pago de perjuicios propios de la construcción de su mal funcionamiento.

"Ahora bien, la litis consorcio activa y pasiva invocada por el Tribunal sentenciador es inexplicable, engorrosa y contraproducente, para quien discute los perjuicios y las condiciones de ejercicio de la servidumbre que se le quiere imponer o exista ya de hecho, porque tales condiciones y crédito son privativas individual y exclusivamente de cada dueño y de cada predio. Por consiguiente, al no tener en cuenta estas previsiones legales, el Tribunal sentenciador ha violado los artículos 883 a 887, 919 y 923 del C. C.

"El Tribunal sentenciador incluye como razón adicional para acoger la excepción de petición de modo indebido, la de que el Departamento del Cauca no ha sido demandado, no obstante que intervino en la construcción de la acequia. Hay en esta consideración tan determinante del sentido absolutivo de la sentencia un error a la vez de hecho y de derecho, por los cuales la acuso también. El artículo 919 del C. C. consagra tres especies distintas de servidumbre de acueducto, según el servicio a que las aguas se destinan: una servidumbre para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos; otra para el movimiento de máquinas de un establecimiento industrial; y una tercera servidumbre en favor de un pueblo que necesite determinadas aguas para el servicio doméstico de sus habitantes.

"El error de hecho consiste en dar por sentado que el Departamento del Cauca esté jurídicamente vinculado o interesado en este litigio, es decir, en creer que el juicio tenía por objeto la acción negatoria de una servidumbre y el pago de perjuicios y de expensas inherentes a un acueducto destinado al servicio doméstico de los habitantes de una población, en este caso las de Villarrica y Puerto Tejada.

"El Tribunal, al pensar así y decidir el litigio conforme a esa creencia errada, aplicó indebidamente la parte final del primer inciso del art. 919 del C. C., el segundo inciso en cuanto a la acción personal del pago de costo o expensas, e indirectamente al artículo 883 del C. C.

"De las tres especies de servidumbre de acueducto consagradas por el art. 919 del C. C., la que se está discutiendo es la de acueducto para llevar aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, y no para servicio doméstico de ningún pueblo o ciudad.

"El error de hecho consiste en la interpretación equivocada de la demanda y de la diligencia de inspección ocular que obra a folios 32 a 34 del Cuad. Nº 5, pues ni la demanda enfoca ningún problema de servidumbre con poblaciones o ciudades, ni de la inspección ocular puede deducirse que la servidumbre de acueducto favorezca ni su construcción se dirija a beneficiar a las poblaciones de Villarrica y de Puerto Tejada.

"Todo lo contrario, de la minuciosa inspección hecha por el juez de la causa resulta observado y verificado que el canal nace en el paso de Guachené sobre el río Palo y muere al salir del predio de los demandados en una ciénaga que derrama luego sus aguas en el río Cauca. Nada de poblaciones ni caseríos. El río Cauca absorbe esas aguas y ni siquiera se sabe la posición de las poblaciones respecto del caño de Los Holguines.

"El Tribunal, al inducir el interés de entidades de derecho público en este acueducto, dejó de apreciar una inspección ocular que tenía por objeto el examen y reconocimiento de la extensión y dirección del acueducto, para juzgar con más acierto, y darle el contenido y el valor probatorio a que es acreedora, con violación de los artículos 724 y 730 del C. J., a consecuencia de los cuales errores infringió el art. 919 del C. C.

"El Tribunal conceptuó que el Departamento del Cauca debió haber sido demandado porque de las pruebas resulta acreditado interés en la construcción.

"He aquí una verdad incompleta, gravemente apreciada por el Tribunal en su insuficiencia con agravio de la parte que represento, y de ahí también resulta consagrado, por la ligereza del sentenciador, el resultado de un procedimiento equívoco de la parte demandada, en el uso de una providencia oficial.

"El Departamento del Cauca expide una ordenanza para la construcción de un acueducto que beneficie a unas poblaciones; pero el acueducto no se construye para ellas, en interés público, sino para beneficio exclusivo del predio de los demandados, en interés privado. A folios 9 vuelto del Cuad. Nº 6 se lee esta respuesta o confesión del señor Holguín respecto del verdadero fin económico de la acequia. Dice el señor Holguín: "La acequia de Guachené fué necesario construírla por

muchas razones, especialmente porque los comuneros en la acequia de el Guayabal ponían obstáculo a la hacienda de la Bolsa para el usufructo de las aguas, desviándolas de su cauce".

"De manera pues que la acequia en cuestión no se dirigía a ninguna población para beneficio de sus habitantes, sino que los dueños de la hacienda de la Bolsa, predio dominante, la construyeron para su usufructo, y éso en vista de que otra acequia, la del Guayabal, no era viable porque los riberanos le ponían obstáculo.

"Si el Tribunal hubiera tenido en cuenta esta prueba, que es de confesión, no se habría autorizado el equívoco, no se habría tomado como de interés público una obra de interés privado, no se habría violado el artículo 606 del Código Judicial sobre el valor probatorio de la confesión judicial, pues se habría tenido en cuenta; ni indirectamente se habría infringido el art. 919 del C. C. cuando consagra la servidumbre de acueducto para el beneficio de los habitantes de algún pueblo.

"Hay más, el interés privado del dueño de los predios dominantes, gerenciado por el señor Ricardo Holguín, podía coincidir con el interés de los habitantes de Villarrica y de Puerto Tejada, conforme lo certifica el Gobernador del Cauca a folio 18 del Cuad. 7º. Eso estaba bien. Pero de los dos objetivos que se perseguían con el acueducto, el público y el privado, sólo se realizó el último, en beneficio exclusivo de un predio rural.

"Del doble intento sólo resulta que el acueducto es de la primera especie de que habla el art. 919, y no de la especie relativa al beneficio de un pueblo, como lo creyó erróneamente el Tribunal. Este le dió al documento citado una interpretación equivocada, y conforme a ella decidió el pleito, con error de hecho que aparece de modo evidente en los autos. En efecto, la inspección ocular, la confesión del señor Holguín y la certificación del Gobernador, muestran cómo bajo pretexto de beneficiar a un par de pueblos, la realidad del acueducto ha sido el aprovechamiento de unos predios rurales. Estos errores de hecho repercuten en la violación de derecho del artículo 919 del C. C.".

Estudio de los cargos:

Como se concluye de lo transcrito, la acusación contra la sentencia del Tribunal se funda en la infracción directa de los artículos 883 a 887, 923, 1581 del C. Civil, y en la violación indirecta de estos mismos textos como consecuencia de haber quebrantado los artículos 724, 730 y 606 del Código Judicial por error de derecho en la calificación de las pruebas y error de hecho en la interpretación de la demanda, de la diligencia de inspección ocular y del certificado del Gobernador del Departamento del Cauca, visible al folio 18 del C. Nº 7. El motivo de casación consiste en haber declarado el sentenciador probada, como resultado de esos errores y violaciones, la excepción perentoria de "petición de modo indebido".

Ya se hizo ver cómo el Tribunal encontró probada tal excepción, por ser varios los predios sirvientes y dominantes que no pertenecen, respectivamente, ni a los demandados ni a los demandantes. Y también quedó expuesto que a juicio de aquél, la demanda ha debido dirigirse contra todos los dueños de los predios dominantes y no contra uno solo de ellos.

Se considera:

El Tribunal estimó que la relación que una servidumbre de acueducto establece entre el predio dominante y las distintas heredades sirvientes, es una misma e indivisible. Así, pues, son sujetos de esa relación, por una parte el dueño del predio dominante, y por la otra, formando un grupo inseparable y una especie de comunidad para tales efectos, los dueños de los fundos sirvientes. Fué guiado por tan equivocada manera de enjuiciar el asunto, como creyó indispensable la demanda conjunta de todos éstos para ventilar de una vez y respecto de unos y otros, los litigios que pudieran causarse con ocasión del acueducto o acequia.

Sin duda alguna es errónea la apreciación del Tribunal. El derecho de dominio que cada titular tiene sobre el fundo afectado por una servidumbre de acueducto, le dá acciones propias frente al dueño del predio dominante que ha de beneficiarse de la obra. Esto quiere decir que puede ejercerlas con independencia de los demás, gravados por la misma servidumbre. Las indemnizaciones, compensaciones y garantías que la ley dá a cada propietario de éstos, tienen su origen en el respectivo **dominio y, como cualquier** otro atributo que sea consecuencia de la propiedad, pueden ser reclamadas sin sujeción a terceros, por el correspondiente interesado.

El peso de una misma servidumbre sobre varios predios no implica de ninguna manera que se forme una comunidad pasiva entre ellos, de modo que queden asociados por razón de aquel grava-

men para el ejercicio en común de sus derechos y para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. La individualidad de cada predio se conserva intacta, pues no obstante que esa común servidumbre los coloca en situación semejante, en ningún caso llega a determinar la formación entre ellos de un consorcio para la defensa extrajudicial o judicial de sus derechos y el ejercicio de las acciones que de éstos emanen.

La tesis del Tribunal equivale a decir que ninguno de los dueños de predios sirvientes puede transigir ni contratar separadamente con el propietario del dominante, respecto a la servidumbre y sus características y a las indemnizaciones a que haya lugar. Tesis insostenible porque en cualquiera de estos casos cada interesado está ejercitando los derechos propios de su calidad de dueño, sea que lo haga en forma amigable y directa o por intermedio de los jueces competentes.

Igualmente, la proposición del Tribunal significa que ninguno de los dueños de predios sirvientes puede renunciar en forma aislada los derechos que la ley le dá para el pago de las zonas ocupadas, indemnizaciones etc., porque haría imposible el ejercicio de los derechos de los demás; y, viceversa, indica que bastaría con que uno de ellos se negara a recurrir a la justicia en reclamación de esos derechos, para que todos se vieran en la necesidad de adoptar idéntica conducta. Así como salta a la vista lo inaceptable de tales suposiciones, surge patente el error del Tribunal al considerar ineptas las peticiones de la demanda so pretexto de que han debido obrar en común todos los dueños de predios sirvientes gravados con el acueducto; error tanto más visible cuanto que ni siquiera se ha alegado que existan otros en circunstancias semejantes a las de los demandantes, con necesidad de ejercitar acciones similares. Pero aun cuando se hubiera probado que la construcción de la acequia se hizo en toda su extensión sin previo acuerdo con los dueños de predios sirvientes y sin verificar el pago de las sumas que por ley les pudiera corresponder, el Tribunal no estaría en lo cierto. Dentro de tal suposición cada interesado se encontraría entonces respecto a los demandados en parecida situación legal, pero en condiciones de utilizar o no en forma separada, independiente y propia, y del modo que a cada uno le pareciese mejor, los derechos que la ley les reconoce como consecuencia natural de sus respectivas e independientes prerrogativas de dominio.

Tampoco anduvo bien encaminado el Tribunal al pretender que se ha debido demandar al Departamento del Cauca. Porque el certificado del señor Gobernador del Cauca se limita a hacer constar que en el informe rendido a la Asamblea por su antecesor en 1936, se dice: "El señor Ricardo Holguín "propietario de la región, ofreció al Departamento hacer los gastos indispensables para llevar el agua desde el río Palo, tomándola en el paso de Guachené y el Guayabal, hasta Villa Rica y Puerto Tejada, a cambio de que el Departamento le permita tomar la necesaria para irrigar sus predios, en los que piensa establecer grandes plantaciones de arroz. Serán de cargo del Departamento los arreglos con los propietarios vecinos por donde deben atravesar los desvíos o canales para conducir el agua hasta las fincas del señor Holguín. Estos trabajos están adelantados y como la H. Asamblea en la Ordenanza Nº 37 de este año autorizó a la Gobernación para hacer los arreglos necesarios a la culminación de esta empresa, se han dado ya los pasos conducentes y se adelantan conversaciones y arreglos con los señores Benjamín Mera, Alejandro Caicedo y Jaime Gómez". Como se ve, se trata de una simple copia de un informe del Gobernador de 1936, insuficiente en absoluto como prueba de que evidentemente se hubiera conducido el agua a esas poblaciones, o de que el Departamento hubiera celebrado los arreglos con los propietarios afectados por la acequia. Muchísimo menos sirve para probar que el Departamento hubiera invertido dinero en la obra, haciéndose por ésto o por cualquier otro aspecto condueño de ella, de modo que pudiera considerársele como dominante respecto a la servidumbre.

Al darle el Tribunal valor a esa certificación, (que en realidad —se repite— es una simple copia de un informe), como prueba de que el Departamento tenía derechos sobre la acequia u obligaciones frente a los dueños de predios sirvientes, incurrió en el error manifiesto de hecho en su apreciación, que el recurrente alega.

Toca ahora estudiar la pretendida violación de ley sustantiva.

Los artículos 883 a 887 del C. Civil dicen que "las servidumbres son inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen"; que "dividido el predio sirviente no varía la servidumbre que estaba constituída en él, y deben sufrirla aquel o aquellos a quienes toque la parte en que se ejercía"; que "el que tiene derecho a una ser-

vidumbre, lo tiene igualmente a los medios necesarios para ejercerla"; que "el que goza de una servidumbre puede hacer todas las obras necesarias para ejercerla, pero serán a su costa si no se ha establecido lo contrario"; que "el dueño del predio sirviente no puede alterar, disminuír, ni hacer más incómoda para el predio dominante la servidumbre con que está gravado el suyo", mas si "con el transcurso del tiempo llegare a ser más oneroso el modo primitivo de la servidumbre, podrá proponer que se varíe a su costa; y si las variaciones no perjudican al predio dominante, deberán ser aceptadas".

No se ve cómo hayan podido ser violados estos textos por la sentencia acusada, en cuanto al actor se refiere, si se considera que sus pretensiones se encaminan a obtener que se declare la **no existencia** de la servidumbre, su cancelación y el pago de perjuicios, mientras que los citados preceptos legales regulan las servidumbres existentes y los derechos y obligaciones que de ellas se originan. Al abstenerse de fallar en el fondo sobre lo pedido, el Tribunal no violó ninguno de estos textos civiles, porque de ellos no se deducen las pretensiones de la demanda principal.

Los artículos 919 y 923 del C. C. regulan lo que se entiende por servidumbre de acueducto; determinan cuándo un predio está sujeto a ella y cuáles son tanto los derechos que su dueño tiene en caso de estar obligado a soportarla, como las obligaciones que lo afectan; y fijan además los derechos y obligaciones del dueño de la heredad dominante. De no existir la ilegitimidad sustantiva de la personería de los demandados, que impide entrar al estudio de fondo de la demanda, el Tribunal hubiera incurrido en violación de estos textos al no aplicarlos para resolver si existía o no esa servidumbre cuya declaración negativa solicita el demandante principal, y si era pertinente o no la petición de clausura y de pago de indemnizaciones que allí mismo se formula, ya que la existencia de la acequia y la circunstancia de haberse hecho sin acuerdo con los demandantes pero con su aceptación, está confesada por la parte demandada en la contestación a dicho libelo y en la demanda de reconvención. Pero en cambio, sí se violó el artículo 1581 del C. C. que define lo que es la obligación indivisible, en el sentido de que lo es únicamente cuando tenga por objeto cosa no susceptible de división, sea intelectual o de cuota. Tal violación se produjo al estimar el Tribunal que las obligaciones del dueño del predio dominante respecto a los diversos dueños de heredades sirvientes constituyen un conjunto indivisible que obliga a éstos a recurrir de común acuerdo ante los jueces para exigir su efectividad. El Tribunal violó, en consecuencia, por aplicación indebida, este texto.

Las razones anteriores serían suficientes para casar la sentencia recurrida, pero sucede que si bien la excepción declarada por el Tribunal respecto a la demanda principal no era pertinente, sí lo es en cambio la de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada cuyas consecuencias vienen a ser las mismas de aquélla. Se hace, pues, imposible el pronunciamiento sobre el fondo de la litis, o sea la resolución de las peticiones impetradas en dicha demanda.

En efecto:

El juzgado rechazó la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada, con estas razones: "Está admitido por ambas partes, en sus demandas respectivas, que este acueducto se construyó para beneficiar predios de la entidad demandada, como también para proveer de agua a las poblaciones de Villa Rica y Puerto Tejada, según manifestación de los actores al contestar la demanda de reconvención y lo que reza la resolución Nº 15 de 24 de julio de 1937, originaria del extinguido Ministerio de Agricultura y Comercio, publicada en el Diario Oficial número 23601, de 8 de octubre de ese año (fs. 28 a 31 del cuaderno Nº 5). ¿Cuáles son esas heredades? Conforme a los actores, las denominadas Santa Gertrudis, San Jacinto, Hacienda de San Jorge y Llano de Taula, las que unidas forman un solo inmueble. La sociedad demandada desde un principio manifestó que ya no era dueña sino de las dos primeras y con base en ello llegó hasta a proponer una excepción dilatoria de inepta demanda, que no prosperó por tratarse de una cuestión de fondo decidible en la sentencia (cuaderno Nº 2), aseveración aquélla que está establecida con los elementos que obran a folios 1 a 7 de dicho cuaderno número 2.

"De estos predios se benefician directamente de la servidumbre, según se constató en la inspección ocular, los denominados Santa Gertrudis y Hacienda de San Jorge, dentro de cuyos límites muere, al desembocar en una ciénaga que desagua en el río Cauca. Es verdad que según la mencionada Resolución Nº 15 de 1937, del extinguido Ministerio de Agricultura y Comercio, parece que tal beneficio no debiera extenderse a la hacienda de San Jorge, por cuanto, al tenor de sus términos, el ca-

nal principal del acueducto debe desembocar en el zanjón de Taula "que, a su turno, desagua en el Cauca", a cuya fuente deben restituírse los sobrantes de las aguas que por tal acequia principal transcurran; pero como tal Resolución no se trajo en copia auténtica expedida por el encargado del archivo donde reposan las diligencias en que hubo de proferirse y el ejemplar de la publicación en que se insertó, presentado por la parte demandada, no fué en manera alguna autenticado, no puede producir aquí efectos probatorios plenos y, por eso mismo, se impone considerar esa Hacienda de San Jorge como dominante, para los fines de este juicio, en igualdad de condiciones con el resto del inmueble dominante de la sociedad demandada.

"Dicha parte demandada, cuya existencia y representación establecen la escritura de constitución aparejada a los autos y varios certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá (fs. 2 del cuaderno ppl., 15 vto. a 18, 49 vto. a 58 del cuaderno Nº 5), adquirió esos inmuebles, a título de aporte del socio Ricardo Holguín, según la referida escritura de constitución Nº 260 de 22 de febrero de 1938, otorgada en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá; pero cuando se trabó la litis, ya sólo era dueño del fundo de Santa Gertrudis y San Jacinto, pues la Hacienda de San Jorge y el Llano de Taula habían sido objeto de las transferencias a que se contraen los elementos probatorios que obran a folios 1 a 7 del cuaderno Nº 2.

"Quiere decir ésto, que esa entidad tan sólo tiene personería para responder, en lo relacionado con el beneficio que la parte no vendida reporta de la servidumbre, pero no en lo referente a aquella de cuyo dominio hubo de desprenderse antes de que la litis se trabara, por la cual responden los nuevos propietarios, quienes son extraños al juicio.

"El apoderado de los demandantes en su alegato de conclusión, después de admitir las ventas aludidas, agrega que en ellas "no se dijo absolutamente nada sobre la servidumbre de acueducto de que nos ocupamos en este juicio, lo que indica que esos lotes vendidos no son los aprovechados con la servidumbre de acueducto objeto de este juicio". Es verdad que en los autos no hay constancia de que las transferencias se hubieran hecho con derecho al uso del acueducto, pues a más de que no se han traído todas las copias auténticas de los instrumentos públicos en que ellas se hicieron constar, las certificaciones del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santander, que patentizan algunas, nada dicen sobre ésto; pero de ello no puede sacarse la conclusión del apoderado de los actores, porque con base en tal ausencia de prueba y en tal silencio, también podría imaginarse lo contrario.

"El hecho evidente en los autos es el de que la hacienda de San Jorge se aprovecha del acueducto, en cuya ciénaga de La Laguna muere. Para no admitirla como beneficiaria de tal servicio, sería indispensable contar con la prueba plena de que al separársela del resto del inmueble de la sociedad demandada, del cual hacía parte, no gozaba del acueducto o no se le concedió derecho al uso del mismo o, en diverso sentido, se la gravó con la servidumbre de desagüe para que el canal pudiera morir, como muere, dentro de sus términos; mas como tal prueba no se ha aparejado, precisa atenerse a la situación de hecho constatada por el mismo Juzgado, que permite tener a esa hacienda como uno de los predios que ostentan su calidad de dominantes, en relación con la servidumbre de que aquí se trata.

"En tales condiciones, la falta de personería sustantiva de la parte demandada para responder de las consecuencias de este juicio no es total, sino simplemente parcial y por ello, la respectiva excepción perentoria que oportunamente se propuso y alegó no puede prosperar. Lo anotado configura propiamente el fenómeno jurídico de una petición excesiva contra el demandado, que impone la aplicación del artículo 210 del Código Judicial, ya que el interés de éste en tal cuestión no tiene la extensión que el libelo le atribuye, lo cual en manera alguna puede traducirse en una exoneración de aquellas responsabilidades que con él evidentemente toquen, sino única y exclusivamente de esas otras que a otros corresponden con independencia de las suyas.

Para que la exoneración fuera viable por carencia total de personería, sería indispensable que la obligación fuera solidaria o indivisible entre los diversos dueños de los predios dominantes, que ninguno de éstos pueda responder de la suya sin que, a su vez, los otros evacuen al mismo tiempo las que les competan. Pero ello no es exacto en estos casos, porque siendo la servidumbre una cualidad inherente de cada predio y habiéndola concedido la Ley en sus artículos 919 y siguientes del Código en consideración a las particulares condiciones en que cada uno de ellos se encuentre, es claro que sus derechos y obligaciones co-

rrelativas varían con las modalidades propias de cada fundo".

Se observa:

En la relación de los hechos de la demanda principal, se afirma que la servidumbre fué establecida por la Compañía demandada "con el fin de beneficiar **de modo exclusivo** tierras pertenecientes a dicha Compañía" (hecho 10), y que en un principio la constituyó el señor Ricardo Holguín, por "esa época el dueño de los predios que iban a beneficiarse con la servidumbre de acueducto, los que **después han** pasado a ser de propiedad de la Compañía" conforme a la escritura 260, de 22 de febrero de 1938, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, (hecho 11). Más adelante se lee que la acequia, luego de recorrer los terrenos de los demandantes, sigue en dirección de las tierras de la Compañía "a las que va a beneficiar de modo directo y **exclusivo**" (hecho 12); que los lotes que se benefician con la servidumbre y toman el carácter de dominantes, determinados en el hecho 16 con sus nombres y linderos, pertenecen a la citada compañía; y que esos lotes forman unidos en verdad un solo inmueble cuyo dominio pertenece a la sociedad demandada (hecho 17).

Como se ve, los demandantes plantearon la litis sobre la base de que la totalidad de los predios pertenecientes a don Ricardo Holguín, quien constituyó la servidumbre, pasaron luego a ser de propiedad de la Sociedad demandada y que únicamente estos predios tienen el carácter de dominantes, por haberse construído la acequia para su exclusivo beneficio.

La Compañía demandada propuso como excepción dilatoria la ineptitud de la demanda, por no haberse dirigido la acción también contra varias personas que señala como compradoras de algunos lotes pertenecientes al globo general que fué de don Ricardo Holguín, y que la misma compañía demandada había vendido antes de la notificación de esa demanda, y, además, por ser el señor Holguín, como constructor, el obligado a responder de la acción de perjuicios. Se acompañó el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Caloto, haciendo constar que mediante escritura Nº 189 de 13 de agosto de 1942 de la Notaría de Puerto Tejada, Manuel González Lozada compró a la Compañía Agropecuaria un lote ubicado en el sitio "Llano de Taula". Del mismo certificado también aparece: que la inscripción a favor de González se ha cancelado debido a compraventas posteriores; que por escritura 260 de 22 de febrero de 1938 otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá —correspondiente a la constitución de la Compañía Agropecuaria—, ésta adquirió de Ricardo Holguín dicho bien; y que los poseedores inscritos del terreno que perteneció a González son los compradores de éste (C. 2 fol. 3 a 5).

También se acompañó al escrito de excepciones dilatorias otros dos certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Santander, relativos a dos ventas hechas por la Compañía demandada: una a la señora Helena Holguín de Urrutia de un globo de terreno que hizo parte de la Hacienda de San Jorge, y otra a Francisco Urrutia Holguín de esta misma hacienda de San Jorge.

Con fecha 23 de septiembre de 1946, la sociedad demandada formuló demanda de reconvención contra la sociedad conyugal actora, para los efectos ya conocidos. En ella pide la declaración de haber adquirido por prescripción el derecho a usar de las aguas del río Palo o de conducirlas por esa acequia en beneficio de sus predios; subsidiariamente solicita que se declare que el predio de los reconvenidos está sujeto a la servidumbre legal de acueducto en favor de los predios de la Sociedad (C. Nº 1º fols. 50 a 53). En tal libelo se afirma que los predios dominantes son los de la Compañía Agropecuaria (peticiones primera y subsidiarias), que esos predios son "Santa Gertrudis" y "San Jacinto"; que desde principios de 1936 y para utilizar las aguas del río Palo, fué construída la acequia que luego de atravesar varios predios, entre ellos el de los reconvenidos, lleva aquellas aguas al fundo de la Compañía (hecho 4º); que el canal "fué construído por mi mandante" o sea la Compañía Agropecuaria (hecho 5º); que desde su construcción son trasladadas por él las aguas del río Palo y para los cultivos, sementeras y pastos "del predio de propiedad de mis mandantes", y que la construcción del acueducto "costó a la Compañía que represento más de cien mil pesos" (hechos 6 y 8).

En esta demanda de reconvención, la Compañía demandada afirma que sus predios son los que se aprovechan de las aguas, y que construyó el canal a sus expensas. Así, la litis quedó en forma definitiva radicada sobre tal circunstancia: los predios de la Compañía son los dominantes, los únicos beneficiarios de la servidumbre; la acequia pertenece exclusivamente a esa sociedad.

Igualmente, el apoderado de la Compañía, en la contestación de la demanda principal (C. 1º fols. 54 y 55), después de aceptar unos hechos y negar otros, propuso la excepción de carencia de personería sustantiva de la parte demandada por no ser ella dueña del predio dominante "tal como ha sido determinado este predio por el actor". Dentro del término probatorio de la primera instancia, la compañía demandada solicitó que se tomaran varias declaraciones y se practicara una inspección oculár para establecer, entre otros puntos, "qué predios tienen el carácter de sirvientes y cuáles el de dominantes". Ninguno de los testigos menciona predios que la acequia beneficie, distintos de los pertenecientes a la Compañía.

La diligencia de inspección ocular obra a folios 32 y sgts. del C. Nº 5. En ella se identificaron los lotes que forman la Hacienda de Quintero, tal como se relacionan en la demanda principal. Los determinados allí como dominantes y pertenecientes a la Sociedad demandada aparecieron alinderados y constituídos "tal como aparece en el hecho décimosexto de la demanda con que se inició el proceso" (fol. 32 final y vta.). En el acta se dice que a dicha sociedad pertenecen los llamados "Santa Gertrudis" y "San Jacinto" o sean los que en el libelo se denominan "globo B" y "Globo C", y se agrega que los denominados "Hacienda de San Jorge" y "Llano de Taula" y distinguidos en la demanda como "Globo D" y "Globo E", pertenecen a Jorge Garcés y Francisco González y otros. Consta en tal documento que desde su bocatoma se recorrió la acequia de "Los Holguines". De la relación que del curso del canal se hace, aparece que luego de atravesar el predio de los demandantes principales, recorre otros varios antes de llegar a los de la Compañía Agropecuaria. Se expresa que el predio "Santa Gertrudis" que figura como dominante en la demanda, se beneficia de tales aguas, pues se encontraron cuatro derivaciones. Y que **"ya cuando le dentran las aguas que vienen por la acequia del río de La Quebrada, utilizan la acequia los dueños de los predios que quedan colindantes a ella y principalmente el de la Hacienda de San Jorge**, dentro de la cual muere o desagua después de atravesarla en un trayecto; ningún otro predio utiliza el canal, pues no se encontraron derivaciones..." (fol. 33 vta.).

Los señores peritos en dictamen único, dicen sobre el punto relacionado con los beneficiarios de la acequia de Los Holguines: "Al punto 14. Es verdad que la acequia de los Holguines no tiene derivación para llevar agua potable a la población de "Villa Rica" jurisdicción del Municipio de Santander, ni a la población de Puerto Tejada, pues **únicamente se beneficia el predio dominante de la Compañía agropecuaria de Periconegro y La Bolsa S. A. o sean los predios de San Antonio y Santa Gertrudis"** (fol. 47 infra y vuelta). Más adelante, sinembargo, dicen: "Tienen el carácter de predios sirvientes los de propiedad de Daniel Terranova, de Heliodoro Caicedo, los potreros denominados "Tolima" y "El Cairo" de propiedad de los demandantes y que han sido agregados a la hacienda de "Quintero", los predios de "Las Brisas" o "Las Huacas" y "La Josefina" también de propiedad de los mismos demandantes, y tienen el carácter de predios dominantes el de "San Antonio" de propiedad de la compañía demandada, los de propiedad de Félix Campo, Isaías Forí, Escuela Pública de varones de Quintero, el de Luis Zúñiga y el de Alfonso Caicedo Roa los cuales atraviesan el acueducto de "Los Holguines" para llegar al predio de "Santa Gertrudis" de propiedad de la compañía demandada, con la advertencia, como lo vimos, de que ni los de Félix Campo, Isaías Forí, Escuela pública de varones de Quintero, de Luis Zúñiga y de Alfonso Caicedo Roa se sirven de esa agua para anegar sus predios para cultivos de arroz u otros análogos, pues únicamente esos predios se utilizan de tal agua para abrevar sus animales, y que únicamente se utilizan de esa agua para abrevar sus ganados y regar sus cultivos de arroz en sus predios de Santa Gertrudis y "San Antonio" la compañía demandada".

De los párrafos transcritos de la diligencia de inspección ocular y dictamen de los señores peritos, se concluye que además de los predios pertenecientes a la sociedad demandada, existen otros que también se benefician de la acequia, luego de recorrer el predio de los demandantes, especialmente la Hacienda de San Jorge.

En estas condiciones, el cierre del canal impetrado en la petición segunda principal de la demanda vendría necesariamente a perjudicar a los propietarios de esos otros predios dominantes, quienes quedarían privados del beneficio de tales aguas y del derecho a su utilización en la forma como lo han venido haciendo desde antes de trabarse la litis, de acuerdo con la mencionada diligencia.

Quiere esto decir que si se pronunciara senten-

cia favorable a las pretensiones de los demandantes principales, se vendría a imponer una condena contra personas que no han sido partes y por ende no han sido oídas y vencidas en juicio. Y como tal cosa es imposible, resulta que se ha dejado de demandar a quienes son indispensablemente sujetos pasivos de esta litis, cuya ausencia del juicio impide que se entre al estudio de fondo de las peticiones formuladas en la demanda principal. Se está, pues, en presencia de una ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandada, por no haberse dirigido la acción contra todos los llamados a controvertirla.

La excepción mencionada obliga a desestimar la demanda principal, sin que sea el caso de entrar a resolver sobre sus peticiones. Naturalmente en tales condiciones esta sentencia no produce efectos de cosa juzgada, y deja abierta la vía judicial para enderezar nuevamente las acciones en forma adecuada.

En cuanto a la demanda de reconvención se refiere, la Sociedad reconviniente se conformó con la sentencia del Tribunal y no recurrió en casación. En tales circunstancias no puede la Sala entrar al estudio de dicha demanda ni de las excepciones, y peticiones formuladas por los demandantes reconvenidos al contestarla.

Lo expuesto conduce a mantener la sentencia del Tribunal, no obstante las correcciones docrtinarias que se le hacen, en vista de existir la ilegitimidad sustantiva de la parte demandada. Esta es la excepción que debe entenderse que prospera, con relación a la demanda principal, en vez de la "petición de modo indebido" de que habla la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., 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 Popayán con fecha 22 de junio de 1949, en el juicio ordinario de Benjamín Mera V. y otra contra la Compañía Agropecuaria de La Bolsa y Periconegro S. A.

Sin costas en casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase en oportunidad el expediente al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—El Conjuez, **Alberto Goenaga—Hernando Lizarralde**, Secretario.

CUANDO NO SE TRATA SIMPLEMENTE DE REFORMAS AL PRIMER TRABAJO DE PARTICION EN UN JUICIO SUCESORAL, SINO DE UNA VERDADERA NUEVA PARTICION, SI ES PROCEDENTE EL INCIDENTE DE OBJECIONES CONTRA ESTE ULTIMO TRABAJO Y DE EL DEBE, POR TANTO, DARSE TRASLADO A LOS INTERESADOS

Tomando en cuenta lo estatuído en los artículos 964 y 965 del Código Judicial, la Corte ha sostenido en tradicional jurisprudencia que el incidente de objeciones a la partición en juicio sucesorio no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por primera vez su trabajo y que reformada la cuenta como consecuencia de objeciones que tuvieron éxito total o parcialmente, la misión del Juez se limita a verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que se le señalaron al partidor en el fallo admisorio de las objeciones y que cuando encuentra que ella se verificó "en los términos ordenados", debe aprobarla, sin necesidad de nuevo traslado a los interesados, pues ya a éstos se les brindó y tuvieron la oportunidad de ejercer sus derechos.

Pero a la Sala le resulta indudable que esa jurisprudencia es inaplicable en casos como el de autos, en que en verdad no se trata de una partición reformada o rehecha, sino de la primera y única partición material practicada en el juicio, que es esencialmente distinta de la que inicialmente se presentó, que fue verificada ad-valorem, y en la cual la comunidad herencial se reemplazaba apenas con una nueva comunidad.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Pedro Vicente Pinzón en contra de la sentencia de doce de junio de mil novecientos cincuenta, por medio de la cual el Tribunal Superior de Tunja confirmó la del Juzgado 1º Civil del Circuito de la misma ciudad, que aprobó la partición practicada en el juicio sucesorio de Julia Pinzón de Garavito.

Con tal fin interesa destacar los siguientes antecedentes:

El 30 de junio de mil novecientos cuarenta y siete el partidor designado en el expresado juicio presentó la correspondiente cuenta de partición, la que oportunamente fue objetada por el apoderado del heredero Julio Garavito, alegando entre otros motivos que la partición del único inmueble sucesoral debió realizarse materialmente y no *ad-valorem*, como en efecto se llevó a cabo. El otro interesado en el juicio también objetó la cuenta con base en la misma circunstancia. Tramitado el incidente, el Juzgado lo decidió, declarando probada tanto esa objeción como la segunda que se propuso e infundadas las restantes y ordenó, además, que el partidor reformara la cuenta, con la observación de lo resuelto. Las partes apelaron de esa providencia y el Tribunal Superior de Tunja la confirmó en lo relativo a que la partición debía hacerse materialmente y la reformó en los otros puntos relacionados con las demás objeciones.

El 9 de septiembre de 1949 el partidor presentó un nuevo trabajo, dividiendo en tres lotes, debidamente alinderados, el inmueble "Peñas Blancas"; adjudicando uno de ellos al cónyuge supérstite Pedro Vicente Pinzón, otro al heredero Julio Garavito y destinando el tercero al pago de deudas. Ese inmueble había sido avaluado globalmente en la suma de diez y nueve mil pesos ($ 19.000.00).

El catorce del mes y año citados, el Juzgado sentenció aprobando el trabajo, por cuanto estimó que se ajustaba a los términos en que se había ordenado rehacerlo y que no era procedente darlo de nuevo en traslado a los interesados.

El apoderado de Pedro Vicente Pinzón interpuso contra ese fallo recurso de apelación, el que fue decidido por el Tribunal de Tunja en la citada sentencia de doce de junio, que confirmó la apelada.

En ese proveído consideró el Tribunal que el incidente de objeciones a la partición sólo puede proponerse y tramitarse una sola vez en el juicio, de conformidad con lo estatuído en los artículos 964,

inciso 5º y 965 del Código Judicial; que habiéndose propuesto y decidido las objeciones que se formularon contra el primitivo trabajo, no hay lugar a repetir el incidente, por lo cual la partición debía aprobarse de plano, ya que, además, ella se había ajustado a los términos en que se ordenó realizarla.

El recurrente acusa la sentencia invocando la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y los dos primeros cargos que en su contra propone, que están íntimamente vinculados entre sí, como que tienen la misma sustentación jurídica y de hecho, los encuentra fundados la Sala y a ellos concreta su estudio, en atención a lo estatuído en el artículo 538 del Código Judicial.

En esos cargos, resumiéndolos en lo pertinente dice el recurrente que el Tribunal al considerar que de la partición de 1949 no debía darse traslado a los interesados por cuanto no procedía sustanciar nuevo incidente de excepciones y que de ella debía aprobarse de plano, incurrió en el quebranto por aplicación indebida e interpretación errónea, de los artículos 964, inciso 5º y 965 del Código Judicial, y de los artículos 1391, 1392 y 1394, inciso 9º del Código Civil por no haberlos aplicado siendo aplicables al caso de autos; que el artículo 965 no contiene prohibición de dar traslado a las partes de la citada partición; que por el contrario, ha debido disponerse así por tratarse de una nueva partición, desde luego que la primera fue *ad-valorem* y la segunda material; que al fallar como lo hizo el Tribunal dejó sin amparo los derechos que la ley le confiere, entre los cuales está el de reclamar contra la composición de los lotes adjudicados por el partidor; que la finca "Peñas Blancas" se alinderó y avaluó en la diligencia de inventarios en globo o en conjunto; que de conformidad con el artículo 1392 del C. C. la tasación por peritos es la base sobre que debe proceder el partidor para la adjudicación de las especies; que dada aquella circunstancia no puede saberse si el avalúo que se asignó a cada uno de los lotes corresponda al general del predio; que el partidor no se ajustó al imperativo mandato del artículo 1391 ibidem, el que violó el Tribunal al haberse aprobado la partición.

Se considera:

Tomando en cuenta lo estatuído en los artículos 964 y 965 del Código Judicial, la Corte ha sostenido en tradicional jurispdudencia que el incidente de objeciones a la partición en juicio sucesorio no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por primera vez su trabajo y que reformada la cuenta como consecuencia de objeciones que tuvieron éxito total o parcialmente, la misión del Juez se limita a verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que se le señalaron al partidor en el fallo admisorio de las objeciones y que cuando encuentra que ella se verificó "en los términos ordenados", debe aprobarla de plano, sin necesidad de nuevo traslado a los interesados, pues ya a éstos se les brindó y tuvieron la oportunidad de ejercer sus derechos.

Pero a la Sala le resulta indudable que esa jurisprudencia es inaplicable en casos como el de autos, en que en verdad no se trata de una partición reformada o rehecha sino de la primera y única partición material presentada en el juicio, que es esencialmente distinta de la que inicialmente se presentó, que fue verificada *ad-valorem*, y en la cual la comunidad herencial se reemplazaba apenas con una nueva comunidad. En aquélla, por el contrario, el único inmueble sucesoral fue partido materialmente entre los dos coasignatarios, a quienes se les adjudicó en propiedad y por sus respectivos linderos, sendos lotes en ese bien, terminándose así con la indivisión que subsistía. Es apenas elemental que en esas circunstancias, se les debía brindar a los interesados la oportunidad de poder ejercitar frente al nuevo trabajo el derecho que la ley expresamente les confiere "de reclamar contra el modo de composición de los lotes" (artículo 1394, numeral 9º del C. C.), decretando el traslado previsto en el inciso 2º del artículo 964 del Código Judicial, pues al proceder en la forma como se hizo, prácticamente se les desconocería ese derecho que antes no tuvieron ocasión de invocar siquiera dado el hecho de que la partición se hizo *ad-valorem*.

De otro lado, como lo observa con acierto el recurrente, a falta de acuerdo legítimo y unánime entre los coasignatarios, el partidor debe conformarse en la adjudicación de los bienes a las reglas del Título 10, Libro 3º del Código Civil (artículo 1391 ibidem), una de las cuales es la consignada en el artículo 1392 sobre que "el valor de tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies", y como aquí ocurre que el único inmueble herencial fue avaluado en su conjunto y no consta que las tierras que lo integran sean o no de valor uniforme, bien puede suceder que en la adjudicación de lotes que de él se hizo a los partícipes no se hubiera observado la semejanza entre ellos y la debida equivalencia con la respectiva cuota hereditaria, y que el partidor no haya en consecuencia, ajustado su trabajo a las reglas prealudidas. La única manera de dejar a

salvo los derechos de los interesados con motivo de la mencionada partición material, es ordenando el traslado de ella para darles oportunidad a los asignatarios de manifestar su conformidad o inconformidad con lo hecho, y en este último caso, de proponer el correspondiente incidente de objeciones.

Como caso análogo al presente puede citarse el decidido por esta misma Sala de Casación en sentencia de 19 de septiembre de 1951, en que se trataba de una partición objetada por extemporánea y por inconducente por haberse realizado *ad-valorem* y no materialmente, como debió hacerse. Esas objeciones se declararon fundadas, y presentada la cuenta de partición material, uno de los interesados le formuló objeciones, las que después de tramitadas, tanto Juzgado y Tribunal las desecharon y aprobaron la partición, con fundamento en que no procedía sustanciar nuevo incidente y que aquélla debía aprobarse de plano. Recurrida en casación la sentencia de segundo grado, la Corte la invalidó, aduciendo, entre otras, la siguiente consideración:

"En casos como el presente en que el primer trabajo de partición se ordenó rehacer por estimarlo extemporáneo e inconducente, viene a resultar que el segundo trabajo tiene el carácter, no de partición rehecha, sino de partición original, y por tanto contra él caben objeciones sin que puedan ser rechazadas *ab initio*.

"El Tribunal aplicó indebidamente el artículo 965 del Código Judicial y a la vez dejó de aplicar no sólo el inciso 5º del artículo 964 ibidem, sino los artículos 1391 y 1394 del Código Civil".

Significa lo anterior que la sentencia recurrida debe ser casada, por ser violatoria de los artículos 964 del Código Judicial y 1391, 1392 y 1394, numeral 9º del Código Civil, por no haberlos aplicado, siendo aplicables; y del artículo 965 del Código Judicial, por aplicación indebida.

Ninguna decisión debe proferir la Corte sobre las objeciones formuladas a la primitiva partición en relación con la distribución de créditos, pues es obvio que la controversia sobre la partición material y sobre la liquidación y pago del pasivo que en ella se hace, sólo puede abrirse en caso de que por los interesados o alguno de ellos, se formulen objeciones durante el término de traslado de que habla el inciso 2º del artículo 964 del C. J.

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 doce (12) de junio de mil novecientos cincuenta (1950), proferida por el Tribunal Superior de Tunja en este negocio y revocando la del Juzgado, de 14 de septiembre de 1949, dispone que se dé traslado a los interesados del trabajo de partición material, por un lapso prudencial que no pase de diez días y el cual fijará el Juez del conocimiento oportunamente.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. Hernando Lizarralde, Secretario.

CUANDO DADO UN NEGOCIO JURIDICO PERFECTO, LOS CONTRATANTES ACUDEN A LA JUSTICIA PORQUE DISCREPAN EN CUANTO A LOS RESULTADOS ECONOMICOS NOTORIOS QUE PERSEGUIAN CON SU DECLARACION DE VOLUNTAD, EL JUEZ, EN VIA DE INTERPRETACION DE LA CLAUSULA O CLAUSULAS QUE LA INTEGRAN, Y A TRAVES DE LAS CIRCUNSTANCIAS ANTECEDENTES, CONCURRENTES Y POSTERIORES DEL NEGOCIO, DEBE BUSCAR O INVESTIGAR PREVIAMENTE ESOS FINES ECONOMICOS, A FIN DE RESTRINGIR O EXTENDER EL SENTIDO PARA EL DERECHO Y REALIZACION DE LA DECLARACION

La interpretación de los negocios jurídicos se realiza en dos formas: la auténtica y la que se hace judicialmente. La primera se consuma cuando las partes no tienen diferencia alguna en cuanto al sentido de las cláusulas que integran el convenio, o cuando en su ejecución han procedido sin desacuerdo de ninguna naturaleza; la segunda, cuando a virtud de discrepancias en cuanto al sentido y alcance de las estipulaciones, los pactantes las interpretan en forma diferente.

Cuando esto último acontece y las partes acuden al Juez, éste debe fijar el alcance y sentido de las cláusulas, ajustándose a las reglas de la hermenéutica dadas en el Título 13 del Libro 4º del C. C., entre las cuales se hallan los antecedentes del contrato, teniendo como límite la declaración misma, y sin que en algunos casos sea indispensable, para investigar la voluntad real de los pactantes, detenerse en el sentido literal de la expresión usada, sino que hay que ir más allá de ésta, en la averiguación del propósito realmente querido por ellos.

A veces es resultado de la interpretación de un negocio jurídico el de su integración, a fin de restringir o extender el sentido decisivo para el derecho, de una declaración de voluntad. Ocurre la integración, cuando el texto adolece de defectos de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto, o equivocado, o cuando las expresiones y aún las mismas ideas de las partes, carecen de claridad o de exactitud, o bien porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después.

En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes, y colmar las lagunas u omisiones que hubieran quedado en éste, sin contradecir ni desfigurar el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. Este verdadero propósito latente de las partes, lo desentraña el intérprete con la ayuda de las máximas de la experiencia, de las circunstancias que acompañan el negocio, de los usos del tráfico, de las enseñanzas de la vida; consultando en cada ocasión concreta los intereses de ambas partes, a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo.

A estas directrices jurídicas indicadas por la doctrina y la jurisprudencia, a seguir en los casos de interpretación e integración de un contrato, agrégase la no menos importante de saber, o determinar los fines económicos o sociales que los pactantes perseguían al contratar, pues el derecho ampara la consecución de esos fines. En tal virtud, el juzgador, para poder otorgar la debida protección del derecho a la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico de que se trata, debe comenzar por fijar previa y exactamente aquellos fines.

A este propósito, si la declaración de voluntad no regula el negocio jurídico en su integridad, porque a las partes no se les ocurrió resolver ciertos puntos, o bien porque no previeron determinada situación de ocurrencia posterior a la realización del negocio, entonces el intérprete goza de la facultad de colmar las lagunas u omisiones que se hubieren escapado en aquélla, aplicando las normas supletorias que reemplazan la voluntad de las partes y señalan los resultados económicos que ordinaria y normalmente ellas mismas buscarían en iguales situaciones.

Así, dados determinados requisitos, capaci-

dad para obrar, observancia de una forma, etc., esto es, un negocio jurídico perfecto, si los contratantes acuden a la justicia, porque discrepan en cuanto a los resultados económicos notorios que perseguían con su declaración de voluntad, el Juez, en vía de interpretación de la cláusula o cláusulas que la integran, y a través de las circunstancias antecedentes, concurrentes y posteriores del negocio, debe buscar o investigar previamente esos fines económicos, no expresados en forma exacta al contratar, a fin de restringir o extender el sentido para el derecho y realización de la declaración.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre diez y seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

1º En el año de 1937, un grupo de ciudadanos de Medellín, pertenecientes a la banca y al comercio, iniciaron un movimiento cívico con el fin de hacer de conocimiento público la necesidad y conveniencia para la ciudad de su dotación de un hotel de grandes proyecciones que la convirtiera en uno de los centros turísticos de mayor importancia de la República.

2º El Cabildo de Medellín acogió las voces de aquellos ciudadanos y acorde con sus solicitudes expidió el Acuerdo número 55 de junio de 1937, en cuyos considerandos se expresa:

"1º Que es una deficiencia notoria de la ciudad la falta de un hotel confortable y capaz que consulte las necesidades actuales;

"2º Que la construcción de un hotel moderno es el primer paso para hacer de Medellín uno de los centros más interesantes de turismo de la República;

"3º Que una construcción, con el carácter y de la magnitud que se desea fomentar, ocupará un crecido número de obreros durante año y medio por lo menos;

"4º Que el fomento de la iniciativa particular en obras de interés público es función autorizada por la Ley y deber de los Concejos Municipales".

3º La parte resolutiva del citado Acuerdo y en sus artículos pertinentes, ordena:

"Artículo 1º La primera persona natural de nacionalidad colombiana, o la primera Compañía o entidad cuyo capital sea en su mayoría colombiano que quiera emprender la construcción de un edificio dentro del área de la ciudad, apropiado especialmente para hotel y destinado para este fin, tendrá las siguientes prerrogativas o concesiones mientras el capital sea en su mayoría colombiano: a) La construcción quedará totalmente exenta de derechos municipales por concepto de permisos de alineamientos, desagües, rotura y ocupación de las vías públicas con materiales de construcción; b) Durante el tiempo que dure la construcción y durante los primeros cinco años de su explotación, no se cobrarán impuestos municipales de caminos, aseo, oficinas o establecimiento, ni ningún otro gravamen directo municipal que pueda crearse durante este tiempo, sobre el edificio o el capital invertido en él; c) Durante el tiempo que dure su construcción y durante los primeros diez años de su explotación, gozará el hotel de servicios públicos municipales gratuitos, así: .....

"Artículo 7º Este Acuerdo regirá desde su sanción. Las obras de que en él se trata deberán iniciarse antes del 31 de diciembre del corriente año para gozar de las garantías aquí establecidas y concluirse a más tardar dentro de los tres años siguientes a su iniciación.

"4º Los iniciadores del movimiento cívico que culminó con la expedición del Acuerdo 55 de 1937, citado, no cesaron en sus actividades, y en el año de 1938, constituyeron y organizaron la sociedad de comercio denominada 'Compañía del Hotel Nutibara, S. A.', según reza la escritura 786 de 22 de abril de ese año, otorgada ante el Notario 4º del Circuito de Medellín, cuyo capital inicial fue de $ 600.000.00 m. l. colombiana, dividido en un número igual de acciones de valor nominal de $ 1.00 cada acción, que fue suscrito por personas naturales, en su mayoría de nacionalidad colombiana, y como objeto social se fijó el de 'la construcción de edificios destinados a hotel, almacenes, restaurantes, centros de diversión u otros fines semejantes o análogos, pero puede también ocuparse de toda clase de actos, sean o no de comercio'.

"5º Dada la magnitud de la Empresa, las proporciones de la construcción y sostenimiento del hotel que se denominaría 'Nutibara', la Sociedad hubo de acudir al apoyo de las entidades oficiales Municipio, Departamento y Nación.

"6º Fue así, como una vez expedido el Acuerdo 55 de 1937, constituída la sociedad en 1938, se celebró el contrato aprobado por Acuerdo 73 de 1939, entre ésta y el Municipio de Medellín, protocolizado bajo la escritura 832 de abril 5 de 1940, y del cual se reproducen las estipulaciones que interesan para los fines del recurso de casación.

"*Acuerdo* número 73 de 1939 (22 de junio), por

el cual se aprueba un contrato entre el Personero Municipal y el Gerente de la Compañía del Hotel Nutibara, S. A. y se dictan otras disposiciones:

"El Concejo Municipal de Medellín, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 169 de la ley 4ª de 1913, *Acuerda*:

"Artículo 1º Apruébanse las bases de contrato contenidas en la minuta que se inserta a continuación:.....

"*Cuarto.* — El Municipio, en atención a que la construcción de un hotel moderno es una necesidad urgente para la ciudad y aporta indiscutibles beneficios, y teniendo en cuenta que la Compañía del Hotel Nutibara, S. A. desde la vigencia del Acuerdo 55 de junio 7 de 1937 viene haciendo gestiones tendientes a hacerse acreedora a los beneficios y concesiones que otorgaba el citado Acuerdo, declara que concede a la Compañía las prerrogativas siguientes:.....

"b) Durante el tiempo que dure la construcción y durante los primeros cinco años de su explotación, no se cobrarán impuestos municipales de caminos, aseo, oficina o establecimiento, ni ningún otro gravamen directo municipal que pueda crearse durante este tiempo, sobre el edificio o el capital invertido en él.

".....

"Artículo 3º Se declara que el Municipio concede a la Compañía del Hotel Nutibara, S. A., sociedad domiciliada en esta ciudad las prerrogativas y concesiones transcritas en el texto de este contrato y que son las mismas que concedía el Acuerdo número 55 de 1937.

"7º Las obligaciones contraídas por la Compañía sobre construcciones y funcionamiento de un hotel moderno en la ciudad de Medellín fueron cumplidas por ella. Así, en el mes de septiembre de 1941 se comenzó la construcción del denominado 'Hotel Nutibara', después de adquirido el terreno necesario, el cual fue inaugurado y dado al servicio el 18 de julio de 1945.

"8º En la escritura 2107 de 24 de junio de 1942, Notaría Primera de Medellín, el Municipio y la Sociedad declaran que ésta, había cumplido totalmente con sus obligaciones.

"9º La Junta de Impuesto de Valorización, no obstante los Acuerdos y convenios citados, ha gravado con dicho impuesto al edificio del 'Hotel Nutibara' y a dos lotes adyacentes adquiridos por la Compañía, según Resolución número 65 de 19 de julio de 1946, en la forma que allí aparece discriminada y por lo correspondiente a la obra de la 'Avenida Juan del Corral'.

"10º La Compañía invocó la vigencia de las exenciones otorgadas a su favor en los Acuerdos y convenios nombrados, pero la Junta consideró que dentro de éstas no estaba comprendido el impuesto de valorización.

"11º La Resolución 65 de 1946 de la Junta de Valorización fue apelada para ante el Concejo Municipal y hasta la fecha de la demanda, nada se había resuelto en el recurso.

"12º La Sociedad tuvo que consignar la suma de $ 69.917.75, mitad de la contribución que se le había asignado para poder sustentar su reclamo, y esto le ha ocasionado perjuicios, cuyo pago pretende hacer efectivo del Municipio en la forma indicada en el libelo de demanda.

"13º Con fundamento en los hechos que se dejan extractados, la 'Compañía del Hotel Nutibara, S. A.', demandó por la vía ordinaria al Municipio de Medellín, representado por su Personero, para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"*Primera.* — Que el Municipio de Medellín está obligado a cumplir todas las obligaciones contraídas por éste en favor de la Sociedad demandante, consignadas en el contrato de la escritura pública número 832, de 5 de abril de 1940, de la Notaría Primera del Circuito de Medellín, contrato aprobado por el Acuerdo 73 de 1939, de 22 de junio, especialmente las obligaciones a que se contraen las letras a), b) y c) de la cláusula cuarta de tal convención.

"*Segunda.* — Que el Municipio de Medellín está obligado a pagarle a la Compañía del 'Hotel Nutibara, S. A.' los perjuicios que por causa de violación del contrato de la citada escritura número 832, y del Acuerdo 73, le ha irrogado; perjuicios en los cuales deben comprenderse el daño emergente y el lucro cesante, representado el primero por el reintegro de la suma de $ 69.917.74 m. l. que la Compañía demandante tuvo que consignar en la Caja de la Sección Administrativa de Valorización; y el segundo por los intereses comerciales de dicha suma, desde el 5 de diciembre de 1946, hasta la fecha en que la municipalidad demandada cubra la suma dicha y por los demás perjuicios que como lucro cesante se deduzcan.

"*Tercera.*—Que la suma a que asciendan los perjuicios sea la que se fije por medio de peritos nombrados legalmente durante el juicio.

"*Subsidiariamente*:

"*Primera.*—Que el Municipio de Medellín no puede gravar con impuesto de valorización a la Compañía demandante, por el edificio del Hotel o el capital invertido en él, durante el tiempo expresado en la letra b) de la cláusula cuarta del contrato de la escritura pública número 832, de 5 de abril de 1940, de la Notaría Primera de este Circuito.

"*Segunda.*—Que el mismo Municipio está obligado a devolverle a la 'Compañía del Hotel Nutibara, S. A.' la suma de $ 69.917.74 m. l. y sus intereses corrientes o legales devengados desde la fecha indicada en la declaración segunda de las peticiones principales; suma ésta que le fue consignada al Municipio por la Compañía, en virtud del mandato contenido en el Acuerdo 70 de 1946".

"13º El Municipio demandado por conducto de su representante legal —Personero Municipal— contestó la demanda condicionando la aceptación de algunos hechos a su prueba, otros simplemente, y los demás negándolos y oponiéndose a las declaraciones pedidas.

"14º El Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, puso fin a la primera instancia con su fallo de 15 de diciembre de 1947, el cual negó todas las declaraciones pedidas, y en consecuençia, absolvió a la entidad demandada de todos los cargos formulados en la demanda. Sin costas.

"15º La parte demandante apeló de esta sentencia, y el Tribunal de Medellín desató el recurso en fallo de 19 de abril de 1949, confirmatorio en todas sus partes del de primer grado".

Como fundamentos de aquella confirmatoria, el Tribunal presentó cuatro aspectos del problema planteado, pero de ellos sólo se reproducen los tres primeros, por ser los que tienen relación con el recurso de casación que se decide.

"Primero.—Lo que de manera primordial ha de tenerse en cuenta en la elucidación del problema planteado son las cláusulas de los convenios ajustados entre el Personero de Medellín y el Gerente de la Compañía. Lo referente a la exención quedó constando de manera clara en el Acuerdo número 73 de 1939 (22 de junio), que aprobó un contrato celebrado entre las personas mencionadas, contrato que fue solemnizado por escritura pública número 832 de 1940, como repetidamente se ha dicho en esta providencia. Se han copiado textualmente las cláusulas de exención. La que ha dado lugar a la controversia es la del literal b) del artículo 3º del contrato inserto en el Acuerdo 73 mencionado, y que se ha transcrito antes. Dice así: 'b) Durante el tiempo que dure la construcción y durante los primeros cinco años de su explotación, no se cobrarán impuestos municipales de camino, aseo, oficina o establecimiento, *ni ningún otro gravamen directo municipal que pueda crearse durante este tiempo, sobre el edificio o el capital invertido en él*'.

"Para el Tribunal no cabe duda que al fijar el alcance de esta cláusula ha de tenerse en cuenta la fecha en que las partes la acordaron. De suerte que al referirse ellas a un gravamen directo municipal que pudiera crearse en el futuro, lo lógico y racional es pensar que no incluyeron los gravámenes de esta clase creados ya a la fecha del Acuerdo (22 de junio de 1939), salvo aquellos a que expresamente hicieron alusión para incluírlos dentro de la exención, y que fueron los impuestos de camino, aseo, oficina, establecimiento, y los futuros gravámenes directos municipales por ende no creados aún a la fecha. El 22 de junio de 1939 ya estaba en vigencia el Acuerdo 85 de 1938, sancionado el 19 de agosto de ese mismo año, por el cual el Municipio de Medellín con expresa autorización legal estableció el impuesto directo de Valorización. (Véase copia del Acuerdo, fs. 35 y 36 C. principal). No hay una razón admisible dentro de la lógica ordinaria que permita suponer que las partes tuvieron el ánimo de declarar como incluído en la exención un impuesto o gravamen que ya había establecido el Municipio, si expresamente no hicieron alusión a él con este fin. Ya se ha dicho que la parte actora hace especial hincapié, como que es su argumento capital, en la cláusula que se lee al final del Acuerdo número 73 de 1939 y que dice: 'Se declara que el Municipio concede a la Compañía del Hotel Nutibara, S. A., sociedad domiciliada en esta ciudad, las prerrogativas y concesiones transcritas en el texto de ese contrato, y que son las mismas que concedía el Acuerdo número 55 de 1937'. Ese Acuerdo traía una cláusula que fue reproducida exactamente en el número 73 de 1939, y que es la que se transcribió poco antes. En esa fecha (7 de junio de 1937) no se había establecido como gravamen municipal el Impuesto de Valorización, porque aún no habían sido facultados los Municipios que estaban en condiciones iguales al de Medellín, para recaudar e invertir el valor de ese gravamen. Ya se ha dicho que esa concesión la hizo la Ley 63 de 1938, *expedida también, como se ve, con posterioridad al Acuerdo 55 de 1937.*

"Este Acuerdo dispuso la exención del pago de algunos impuestos y servicios para la primera persona natural o entidad colombiana que quisiera emprender la construcción de un edificio para hotel en las condiciones allí especificadas. Estima la Sala

que la cláusula del Acuerdo 73 por la cual se hizo referencia a las concesiones consagradas en el Acuerdo 55, no tiene el alcance que le da el señor apoderado de la parte actora. Esa cláusula no sólo se refería a impuestos sino también a servicios públicos municipales (energía eléctrica, agua, teléfono y además, a impuestos municipales de caminos, aseo, etc.). Y es que no se ve la razón para sentar que esa referencia a las exenciones del Acuerdo 55 tenga el mérito de colocar a los pactantes en un tiempo anterior al en que realmente convinieron las bases del contrato que fue aprobado por el Acuerdo 73 de 1939. Si cuando acordaron esas bases se refirieron a gravámenes que pudieran crearse en adelante y dentro del período de la exención, entiende la Sala que lo natural es suponer que ese futuro corría a partir del momento en que el pacto fue aprobado por las partes, es decir desde el 22 de junio de 1939 en adelante, fecha de la expedición del Acuerdo 73. La referencia del Acuerdo 55 se hizo seguramente con el ánimo de que no quedara ninguna duda de que todas las garantías que allí se ofrecieron quedaban efectivamente concedidas a la Compañía del Hotel Nutibara. Sin un pacto expreso no podía suponerse esto, porque la Compañía no había iniciado trabajos de construcción del hotel dentro del término que ese Acuerdo Nº 55 exigía.

"Segundo. — Por el mismo pacto aprobado en el Acuerdo número 73 de 1939 la Compañía se obligó a comprarle al Municipio 10.000 varas de terreno en la plazuela Nutibara, cada vara a un precio que posteriormente se determinaría y a lo cual se agregaría un veinte por ciento sobre dicho precio. En el convenio que ambas partes celebraron por medio de la escritura número 2107 de 1942, citada ya, se acordó que la Compañía pagaría por concepto de valorización la suma de $ 145.000.00 que le fue asignada por la Junta de Valorización, y que en cambio, no se le cobraría el veinte por ciento mencionado, que se fijó, 'como valorización de las 10.000 varas de tierra, por virtud de las mejoras que en el lote de terreno mayor va a hacer el Municipio', según se lee textualmente en una de las cláusulas del citado Acuerdo 73, como tantas veces se ha observado. El señor Personero sostiene que esta cláusula está demostrando que no estuvo en el ánimo de los contratantes estipular que la Compañía quedaría exenta del impuesto de valorización. El apoderado de la Compañía dice, como ya se ha anotado, que ese veinte por ciento se fijó como plusvalía o sobreprecio comercial, y no como impuesto de valorización, porque si tal cosa hubiera sido, la Junta de Valorización hubiera cobrado ese veinte por ciento y no se hubieran presentado las dificultades que se presentaron entre la Compañía y la Junta y que se zanjaron mediante la fórmula en virtud de la cual a la Compañía se le eximió del pago de este veinte por ciento y en cambio se le cobraron $ 145.000.00 por concepto de Impuesto de Valorización. Ya se ha dicho que el veinte por ciento del precio total en que la Compañía compró el terreno, fue el de $ 85.000.00, y el impuesto de valorización fue fijado por la Junta en la cantidad dicha de $ 145.000.00. Es decir, que la Compañía aceptó a su cargo y a favor del Municipio una cuantiosa diferencia. Admitiendo que el veinte por ciento no se fijó por razón del impuesto de valorización sino por el concepto de que habla el señor apoderado de la sociedad, la conclusión lógica seguramente es ésta: no se cobraron el veinte por ciento y el impuesto de valorización porque sería injusto exigir conjuntamente ambas sumas, toda vez que el último concepto comprendía también el primero. Es decir, que el impuesto de valorización comprendía todo sobreprecio o plusvalía comercial. Al menos ésta es la deducción más lógica y racional que pueda *sacarse en vista de la manera como ocurrieron los hechos.* En la parte transcrita antes del dictamen del perito doctor Orozco Ochoa se dice que parece que la Junta de Valorización trató de cobrar tanto el impuesto de valorización como el veinte por ciento de que se ha hablado. El señor apoderado de la Compañía dice que ésta aceptó el impuesto a pesar de la diferencia de que se ha hablado, porque así le convenía a la Sociedad en atención a las consideraciones que ya se expusieron. Sobre esa conveniencia no cabe discusión, según el concepto de los peritos. Sin embargo, está muy lejos de demostrar por sí sola que la Sociedad pagó un impuesto a que no estaba obligada. Según el raciocinio del señor apoderado, la Compañía iba a pagar un impuesto que posteriormente volvería a su patrimonio, al menos en parte, porque mientras mayor suma se recaudara de los vecinos por concepto de la valorización, más seguridad tendría la Compañía de que el Municipio le reembolsara los $ 286.755.07 que le debía y que habría de pagarle con el Impuesto de Valorización, siempre que se recaudara esa suma, pues de lo contrario el Municipio sólo se obligaba a reintegrar $ 150.000.00. Vuelve a decirse que las cosas pudieron haber ocurrido como lo relata el señor apoderado y que el propósito de la Compañía haya sido el que se deja advertido. Pero, se repite, esta circunstancia por sí sola no convence al fallador que la Compañía pagó un impuesto de que estaba exenta.

"Tercero.—Que en atención a las cuantiosas erogaciones que la Compañía había de hacer en la construcción del hotel, se justificaban todas las exenciones que acordó el Concejo en favor de dicha Compañía, inclusive la del impuesto de valorización, es otro de los argumentos del señor apoderado. Esto puede ser así, pero el hecho es que si se arriba a la conclusión a que llega el Tribunal, de que no se pactó exención de dicho impuesto, ese argumento sólo es valedero para hacer que se acojan los pedimentos de la demanda. El caso es que el señor apoderado no contradice que la Compañía haya hecho un brillante negocio con la compra del terreno al Municipio, como lo afirma y sostiene el perito doctor Toro. Solamente que el señor apoderado, basándose en las consideraciones de los otros dos peritos asevera que las ganancias que con la venta de alguna parte de esos terrenos obtuvo la Compañía, no fueron ni podían ser previstas ni calculadas en el momento en que se celebró el contrato acogido en el Acuerdo número 73 de 1939, por el cual el Municipio se obligó a venderle a la Compañía y ésta se comprometió a compararle 10.000 varas de terreno en la plazuela de Nutibara. De lo anterior resulta que si ese argumento pudiera aducirse únicamente para demostrar el pretendido aspecto justo de la demanda, habría de concluírse que si en un principio pudo haber sido valedero, hoy ya no lo es por gracia de las magníficas utilidades que ha obtenido la Compañía.

"Cuarto. — En este punto estudia el Tribunal la naturaleza del Impuesto de Valorización, lo diferencia de los impuestos ordinarios, respalda sus conceptos con citas de algunos expositores, y concluye afirmando que este aspecto del problema planteado no tiene influencia en la resolución del litigio".

Para concluir el sentenciador expresa:

"Finalmente, no huelga advertir que la Compañía, cuyas obligaciones en lo atinente a la construcción del hotel cumplió a cabalidad, según lo reconoce el señor Personero y lo afirman los señores peritos, no acusa al Municipio de otro incumplimiento en sus compromisos, distinto del que ella considera una violación de los mismos, consistente en haberle asignado una suma de pesos, como valorización por motivo de las obras ejecutadas en la 'Avenida Juan del Corral'. Y todo lo anteriormente expuesto lleva a concluir que por el cobro de esta contribución el Municipio no violó ninguna de sus obligaciones contraídas en favor de la Compañía".

El recurso

El de casación lo interpuso el demandante con fundamento en el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., y acusa la sentencia del Tribunal de Medellín, "por violación de la ley sustantiva a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba y elementos del juicio".

La acusación se concreta a los siguientes cargos, que se sintetizan así:

"A) El Tribunal cometió un evidente error de hecho en la interpretación del contrato y en la apreciación de las prerrogativas y exenciones concedidas en la letra b) del artículo primero del Acuerdo número 55 de 7 de junio de 1937, en relación con lo dispuesto en la letra b) de la cláusula cuarta del contrato celebrado entre el Municipio y la Compañía del Nutibara aprobado por el Acuerdo número 73 de 22 de junio de 1939, en relación con la escritura número 832 de 5 de abril de 1940 de la Notaría Primera de Medellín por la cual se solemnizó el mencionado contrato, error que lo llevó a decidir, que el Impuesto de Valorización no estaba incluído entre los no cobrables a la Compañía del Hotel Nutibara.

Analiza el recurrente algunos pasajes del fallo y resume el reparo diciendo: "Cometió el Tribunal un verdadero error de hecho al considerar que por cuanto cuando se celebró el contrato ya regía el impuesto de valorización, no quedó incluído en las exenciones. Si el Acuerdo 55 se incorporó en el contrato, como en realidad lo fue, es evidente que a pesar de existir el gravamen cuando se celebró el contrato quedó incluído, puesto que fue un gravamen directo creado con posterioridad al Acuerdo 55, que lo eximía y que luego como estipulación contractual fue incorporado en la convención. Si el mismo artículo 3º del Acuerdo 73 dice que se conceden todas las exenciones establecidas por el Acuerdo 55, las disposiciones de este último quedaron formando un solo cuerpo con el contrato celebrado y con el Acuerdo 73, aprobatorio de aquél. El Tribunal al no verlo así cometió un evidente error de hecho.

"Si el contrato se hubiera celebrado con posterioridad al Acuerdo número 55 pero antes de empezar a regir el impuesto de valorización, nadie vacilaría en decir que ésta quedó entre las exenciones. Pues lo mismo cabe decir, a pesar de que el impuesto se estableció antes de firmarse el contrato, por la virtud de la incorporación del Acuerdo 55 en aquél; el espíritu claro de la convención, resultante de las mismas palabras del contrato, principalmente del artículo 3º del Acuerdo número 73,

no podía ser sino la voluntad de los contratantes de conceder, por una parte, y de gozar, por la otra, de todos los privilegios y prerrogativas en el Acuerdo número 55 de 1937.

"B) Error de hecho en la apreciación de la prueba pericial y en las declaraciones de los señores Pedro Olarte S., Ricardo González y Jaime Ramírez Gaviria, en relación con el contrato contenido en la escritura número 2107 de 24 de junio de 1942 de la Notaría Primera de Medellín.

"La Compañía del Hotel Nutibara se obligó para con el Municipio en el contrato a pagarle un veinte por ciento sobre el precio a que resultase la vara cuadrada según el cómputo establecido como valorización de ellas, por virtud de las mejoras que en el lote de terreno se obligó a hacer el Municipio de Medellín. Pero en virtud del contrato consignado en la escritura número 2107 de 24 de junio de 1942 de la Notaría Primera de Medellín, cláusula 7ª, 'La Compañía y el Municipio convinieron en que aquélla en vez de pagar el veinte por ciento estipulado, pague por concepto de esa valorización, la suma de ciento cuarenta y cinco mil pesos ($ 145.000.00), o sea la cantidad que se le fijó como impuesto de valorización en la Resolución número 25 de 6 de mayo de 1942 emanada de la Junta de Valorización.

"De las declaraciones anteriores, de personas que intervinieron en el arreglo consignado en la escritura 2107 se deduce que el espíritu, que el móvil del arreglo, no fue el reconocimiento expreso de la Compañía de su obligación de pagar el impuesto de valorización, sino el de terminar una diferencia con el Municipio y facilitarle el cobro a los demás propietarios que no protestarían viendo al Nutibara también pagar. Pero este arreglo hecho para un caso determinado no se puede hacer extensivo a otro, como al de la valorización de la 'Avenida Juan del Corral'.

"Los peritos doctores Germán Orozco Ochoa y Fernando Saldarriaga dicen, el primero, que se justifican las exenciones establecidas en el contrato a favor de la Compañía del Hotel Nutibara, inclusive la exención del gravamen de valorización, y el segundo, de acuerdo con Orozco, concluye también 'que las exenciones o prerrogativas concedidas a la Compañía del Hotel Nutibara S. A. por el Municipio de Medellín, incluso el gravamen de valorización se justificaron y se justifican en la actualidad'.

"De forma, que la transacción verificada por el Hotel Nutibara con el Municipio para no pagar el veinte por ciento a que estaba obligado y pagar en su lugar los ciento cuarenta y cinco mil pesos a que se refiere la escritura, no es una prueba de la interpretación del contrato, sino el medio que encontraron para zanjar la grave discusión que se planteaba en la Junta, y, por parte de la Compañía, el medio de evitarse el peligro de que triunfara en la Junta el criterio de cobrar a la vez el impuesto de valorización y el veinte por ciento estipulado en el contrato, lo que habría sido más gravoso. Esto, fuéra de que a la Compañía le interesaba el mayor recaudo para que así el Municipio tuviera que devolverle una mayor suma y no únicamente los $ 120.000.00, de acuerdo con el ordinal 5º de la cláusula 6ª del contrato y Acuerdo número 73 de 1939.

"De lo dicho se desprende, además, que el móvil del contrato por el cual el Municipio y la Compañía decidieron que en vez de que ésta pagase el veinte por ciento a que se había obligado, pagara la suma de $ 145.000.00, como impuesto de valorización, no fue el reconocimiento de la obligación de pagar este gravamen, sino el de zanjar serias dificultades entre los contratantes. Por esto el Tribunal cometió un error de hecho al interpretar el contrato y especialmente la cláusula séptima (escritura número 2107 de 24 de junio de 1942 de la Notaría Primera de Medellín), como el reconocimiento que la Compañía hacía de la obligación de pagar la valorización.

"El Tribunal, por los errores de hecho cometidos en la apreciación de las pruebas en la forma que he dicho en las letras A) y B), anteriores, y al prescindir de los factores que he enunciado, violó por errónea interpretación el artículo 1618 del C. C. y ha debido aplicar este artículo visto el sentido y alcance claros del contrato a favor de la Compañía. Ha debido aplicarse y no se hizo el artículo 1620 del C. C., pues el error en la apreciación llevó al Tribunal a violar tal disposición por no aplicarlo".

También estima el recurrente como violados, por no haberlos aplicado, los artículos 1624, 1546, 1613 y 1615 del C. C.

C) Error de derecho en la interpretación del contrato

En el numeral IV de la demanda de casación y bajo este epígrafe se acusa el fallo, "por error de derecho en la interpretación del contrato, por cuanto el Tribunal al considerar que las razones que tuvo el Municipio de Medellín para asignar a la Compañía del Hotel Nutibara el Impuesto de Valorización por la "Avenida Juan del Corral" eran correctas y legales, se equivocó al desconocer la

letra y el espíritu del contrato reflejado en los Acuerdos 55 y 73 y en la escritura 2107 que tantas veces se ha citado en el Capítulo anterior de esta demanda y en la número 832 de 5 de abril de 1940 de la Notaría Primera de Medellín.

"Los evidentes errores de hecho en la apreciación de las pruebas que dejé establecidos en las letras A) y B) del Capítulo III de esta demanda, llevaron al sentenciador a violar el espíritu del derecho que estableció el contrato para eximir del gravamen de valorización, de cualquier gravamen directo a la Compañía del Hotel Nutibara. Las razones por las cuales obró el Municipio al asignar tal impuesto a la Compañía por la razón de la "Avenida Juan del Corral", se encuentran en los hechos que el Tribunal apreció erróneamente para decir que aquélla no estaba exenta del impuesto dicho.

"Pero en cuanto la sentencia consideró que esas razones eran correctas y suficientes para decidir como decidió, esa estimación envuelve una cuestión de derecho, susceptible de casación.

Agrega el recurrente, que "como consecuencia del error de derecho que he expuesto, la sentencia violó las mismas disposiciones civiles que enumeré en el Capítulo anterior y en el mismo sentido, y además, digo, que el fallo no tuvo en cuenta en la interpretación de la cláusula b) del artículo 1º del Acuerdo número 55, en relación con el Acuerdo número 73 y el contrato solemnizado por la escritura número 2107, el artículo 752 del C. C.; y ha debido tenerlo, aplicándolo en el sentido que he dicho atrás para interpretar rectamente el contrato y especialmente lo dicho en la letra b) tantas veces citada".

Se considera:

Los dos primeros cargos A) y B) coinciden en su finalidad: la infirmación de la sentencia recurrida, por errores de hecho en la interpretación del convenio celebrado entre las entidades demandada y demandante y en la apreciación de la prueba pericial y testimonial, y la consiguiente violación de las mismas disposiciones sustantivas. Esta conexión permite a la Sala su estudio coordinado o de conjunto.

La interpretación de los negocios jurídicos se realiza en dos formas: la auténtica y la que se hace judicialmente. La primera se consuma cuando las partes no tienen ninguna diferencia en cuanto al sentido de las cláusulas que integran el convenio, o cuando en su ejecución han procedido sin desacuerdos de ninguna naturaleza; la segunda, cuando a virtud de discrepancias en cuanto al sentido y alcance de las estipulaciones, los pactantes las interpretan en forma diferente.

Cuando esto último acontece, y las partes acuden al Juez, éste debe fijar el alcance y sentido de las cláusulas, ajustándose a las reglas de la hermenéutica dadas en el Título 13 del Libro 4º del C. C., entre las cuales se hallan los antecedentes del contrato, teniendo como límite la declaración misma y sin que en algunos casos, sea indispensable para investigar la voluntad real de los pactantes, detenerse en el sentido literal de la expresión usada, sino que hay que ir más allá de ésta en la averiguación del propósito realmente querido por ellos.

"A veces es resultado de la interpretación de un negocio jurídico el de su integración, a fin de restringir o extender el sentido decisivo para el derecho de una declaración de voluntad. Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto, o equivocado, o cuando las expresiones y aún las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, ó bien porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se produce después.

"En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes y colmar las lagunas u omisiones que hubieren quedado en ésta, sin contradecir ni desfigurar el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. Este verdadero propósito latente de las partes lo desentraña el intérprete con la ayuda de las máximas de la experiencia, de las circunstancias que acompañan el negocio, de los usos del tráfico, de las enseñanzas de la vida; consultando en cada ocasión concreta los intereses de ambas partes, a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo".

A estas directrices jurídicas indicadas por la doctrina y la jurisprudencia, a seguir en los casos de interpretación e integración de un contrato, agrégase la no menos importante de saber, o determinar los fines económicos o sociales que los pactantes perseguían al contratar, pues el derecho ampara la consecución de esos fines. En tal virtud, el juzgador, para poder otorgar la debida protección del derecho a la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico de qué se trata, debe comenzar por fijar previa y exactamente aquellos fines.

A este propósito, si la declaración de voluntad no regula el negocio jurídico en su integridad, porque a las partes no se les ocurrió resolver ciertos puntos, o bien porque no previeron determinada situación de ocurrencia posterior a la realización

del negocio, entonces, el intérprete goza de la facultad de colmar las lagunas u omisiones que se hubieren escapado en aquélla, aplicando las normas supletorias que reemplazan la voluntad de las partes y señalan los resultados económicos que ordinaria y normalmente ellas mismas buscarían en iguales situaciones.

Así, dados determinados requisitos, capacidad para obrar, observancia de una forma, etc., esto es, un negocio jurídico perfecto, si los contratantes acuden a la justicia, porque discrepan en cuanto a los resultados económicos notorios que perseguían con su declaración de voluntad, el Juez, en vía de interpretación de la cláusula o cláusulas que la integran, y a través de las circunstancias antecedentes, concurrentes y posteriores del negocio, debe buscar o investigar previamente esos fines económicos, no expresados en forma exacta al contratar, a fin de restringir o extender el sentido para el derecho y realización de la declaración.

La cuestión planteada en este litigio, concrétase a decidir: si la exención concedida por el Municipio de Medellín a la Compañía del Hotel Nutibara, S. A., autorizada por el Acuerdo 55 de 1937, consignada en el contrato protocolizado bajo la escritura 832 de 1940, previa aprobación por Acuerdo número 73 de 1939, y en la cual la entidad demandada declara no cobrar a la sociedad demandante, "durante el tiempo que dure la construcción y durante los primeros cinco años de su explotación, impuestos municipales de camino, aseo, oficina o establecimiento, ni ningún otro gravamen directo municipal que pueda crearse durante este tiempo, sobre el edificio o el capital invertido en él", está restringida a los gravámenes municipales directos existentes en la fecha del contrato; o si en cambio, se extiende al impuesto directo de valorización, cedido por la Nación al Munnicipio, por la Ley 63 de 1938 y establecido y organizado en el Acuerdo número 85 del mismo año, siendo así, que no se hizo mención expresa de él en el contrato aprobado por el Acuerdo 73 de 1939.

El resumen de las reglas que han de seguirse en la interpretación e integración de un contrato, y el planteamiento de las discrepancias surgidas entre los pactantes, por sí solos ponen de relieve el criterio errado del Tribunal en la determinación del contenido de la voluntad de los litigantes, expresada en la cláusula que exime del pago de todo gravamen directo municipal que pueda crearse durante el tiempo de la construcción del edificio y durante los primeros cinco años de su explotación, a la Compañía del Hotel Nutibara, S. A.

En efecto, el Tribunal consideró que el Acuerdo 55 de 1937, no incidía en la declaración de voluntad contractual aprobada por el 73 de 1939 —artículo 3º, literal b), escritura 832 de 1940— porque para él y para fijar el sentido y alcance de esta cláusula, cuya interpretación buscan las partes, no cabe duda de que no debía tenerse en cuenta sino la fecha en que los contratantes la acordaron. Así las cosas, si el impuesto de valorización fue cedido al Municipio de Medellín por la ley 63 de 1938 y establecido por el Acuerdo 85 del mismo año, actos legislativos posteriores al Acuerdo 55 de 1937 y anteriores al convenio, las referencias hechas en éste, de las exenciones establecidas en aquél, no tienen "el mérito de colocar a los pactantes en un tiempo anterior al en que realmente convinieron las bases del contrato que fue aprobado por el Acuerdo 73 de 1939".

Estima el sentenciador, asimismo, que si por el mismo pacto aprobado por el Acuerdo 73 de 1939, la Compañía se obligó a comprarle al Municipio 10.000 varas de terreno, a un precio que se fijará posteriormente y al cual debería agregarse un veinte por ciento sobre dicho precio, y por el convenio que consta en la escritura 2107 de 1942, aceptó la Compañía pagar la suma de $ 145.000.00 por concepto de impuesto de valorización que le fue asignado por la Junta, y en cambio, no pagaría el 20% fijado como valorización de las varas de terreno, por las mejoras que en el lote mayor efectuaría el Municipio; esto es, que la Compañía aceptó a su cargo y a favor del Municipio una cuantiosa diferencia y la obligación de pagar el impuesto de valorización.

Como se ve, desechó el sentenciador, el importante como decisivo antecedente de la declaración manifiesta en el Acuerdo 55 de 1937, contentivo de las ordenaciones y bases generales en que el Municipio podía contratar con la primera persona natural o jurídica que se aprestara a realizar los fines sociales y económicos allí previstos, cuyos preceptos como es obvio, están redactados en forma impersonal y general. Dentro de esos preceptos se halla el que decreta la exención del pago de los impuestos municipales directos que allí se detallan y la declaración perentoria de no cobrar "ningún otro gravamen directo municipal que pueda crearse durante este tiempo, sobre el edificio o el capital invertido en él".

Obsérvese cómo ningún otro Acuerdo posterior al 55 citado, decreta o concede las exenciones y da la autorización para celebrar el respectivo convenio. De aquí, que el representante del Municipio —Per-

sonero Municipal— hubo de recurrir a aquellas disposiciones generales y a la facultad en ellas otorgada, para poder proceder a celebrar el contrato con la Compañía del Hotel Nutibara, S. A., aprobado por el Acuerdo 73 de 1939, ya en forma personal y concreta, por cuanto se habían cumplido por ésta, todas las exigencias de aquél, y que la hacían acreedora a las exenciones.

De allí también, que en el Acuerdo aprobatorio del convenio se declarase: "que el Municipio concede a la Compañía del Hotel Nutibara, S. A., sociedad domiciliada en esta ciudad, las prerrogativas y concesiones transcritas en el texto de este contrato, y que son las mismas que concedía el Acuerdo número 55 de 1937"; y se expidiera la norma complementaria del artículo 5º, por medio del cual se derogan "todas las disposiciones contrarias a este Acuerdo y al contrato que en él se aprueba", para enervar los efectos del artículo 7º del nombrado Acuerdo 55 de 1937, que condicionaba el derecho a las concesiones y garantías, a la iniciación de las obras antes del 31 de diciembre de ese año.

Por otra parte, el criterio de interpretación acogido por el sentenciador para fijar el sentido y alcance de la cláusula que sancionó las exenciones, no está acorde con las reglas de hermenéutica que en síntesis se dejaron expuestas antes, y en lo que atañe con la determinación previa y exacta del fin social y los resultados económicos perseguidos por las partes al contratar: dar todas las facilidades necesarias para la financiación de la Empresa, que dotara a la ciudad de un hotel de primerísima categoría, que fuera adorno de ésta y admiración de nacionales y extranjeros, que la convirtiera en un verdadero centro de turismo, fue el fin social principal y prístino buscado por el Cabildo y la Compañía con la construcción y establecimiento del hotel, y lograda la estabilidad de la situación económica de la empresa, con la ayuda decisiva del Municipio, consistente en las exenciones decretadas del pago de los impuestos municipales directos existentes, o que se crearan dentro del tiempo previsto para esa estabilización. Así como con la gratuidad de la prestación de los servicios públicos municipales, obtener más tarde los resultados económicos que tal situación debía producir: la numerosa concurrencia de pasajeros y turistas, atraídos por la comodidad que brindaba el hotel, con el natural consumo de los elementos de producción local y el mayor movimiento del medio circulante y de las operaciones comerciales, todo lo cual debía repercutir en aumento de las rentas municipales y en bonanza de la situación económica general de la ciudad.

Actos aquéllos todos, que debieron considerarse por el sentenciador, como que forman una unidad con el objeto del contrato, inseparables de él, porque dadas las condiciones generales de éste, la imposición de cualquier gravamen municipal directo en el tiempo previsto por los pactantes como necesario para lograr la estabilidad económica de la Empresa, significaba lo opuesto a prestar la ayuda y cooperación estipulada, y una interferencia a la consecución práctica de los resultados económicos perseguidos a través del objeto y fin del convenio. Pero, el Tribunal no lo entendió así, y en su interpretación prescindió, al fijar el sentido y alcance de la cláusula discutida, de los actos preparatorios de la convención y de la determinación previa de los verdaderos resultados económicos que las partes perseguían al contratar.

Que el impuesto de valorización en la fecha de la expedición del Acuerdo número 55 de 1937, era nacional y aún conserva ese carácter, es cuestión no discutida. Pero, su organización, recaudo e inversión fueron atribuídos, por la ley, a ciertas municipalidades que reuniesen determinadas condiciones, entre las cuales se hallaba y se encuentra, la de Medellín; la que lo estableció y organizó su recaudo e inversión por el Acuerdo 85 de 1938. Esto es, que se operó una cesión de su renta por la Nación al Municipio, que comenzó a recaudarse e invertirse estando vigente el Acuerdo 55, cuyas disposiciones generales fueron incorporadas como estipulaciones en el convenio aprobado por el Acuerdo 73 de 1939, y no estando la facultad de renunciar a cobrar aquella renta, en cada caso particular, prohibida por la ley que autorizó la cesión.

Que la Compañía aceptó a su cargo la obligación de pagar el impuesto de valorización en la escritura 2107 de 1942, al convenir el pago de la suma de $ 145.000.00 en reemplazo del 20% fijado en el contrato principal, nuevo error del sentenciador, por cuanto aquel pacto complementario, que implicaba el desarrollo práctico de éste, fue celebrado con el fin de solucionar la situación nueva y concreta, no prevista por los contratantes: el derrame de la parte del impuesto correspondiente al terreno adquirido por el Municipio para transferirlo a la Compañía, y con vista de la situación difícil e injusta de hacer repercutir en los demás contribuyentes ese gravamen, que su calidad de real, no permitía cobrarlo sino sólo en atención a los terrenos o zonas de influencia de las mejoras. De ahí, que las partes recurrieran a la serie de concesiones entre sí consignadas en el pacto suplementario que consta en el instrumento público 2107, sin que ellas cons-

tituyeran novación del contrato principal, ni renuncia de los derechos y garantías establecidos en éste.

Todo lo dicho significa la necesidad de casar la sentencia recurrida, porque el Tribunal con motivo de los errores de hecho en que incurrió, en la interpretación de la cláusula que sanciona las exenciones en el convenio celebrado entre el Municipio de Medellín y la Compañía del Hotel Nutibara, S. A., violó los artículos del C. C. citados por el recurrente, sobre interpretación de los contratos.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 538 del C. J., no es necesario estudiar el cargo C) —Error de Derecho en la Interpretación del Contrato— y se procede a dictar el correspondiente fallo de instancia.

Infiérese de la demanda, que la Sociedad demandante persigue, en vía de interpreación de la cláusula que concede las exenciones, la declaración judicial de que el Municipio demandado no puede cobrarle por concepto de impuesto de valorización, sobre "el edificio del hotel o el capital invertido en él, durante el tiempo expresado en la letra b)" de dicha cláusula, teniendo en cuenta las disposiciones generales del Acuerdo 55 de 1937, en conexión con las del 85 de 1938, orgánicas de aquel impuesto. Esto es, que da por existente el contrato, y parte de la base de los hechos anteriores y posteriores a él; a su turno, la entidad municipal demandada reconoce que la actora ha cumplido rigurosamente todas sus obligaciones estipuladas en el convenio, lo que demuestra que ambos litigantes aceptan la existencia del negocio jurídico que los vincula; y, que discrepan sólo en cuanto a la interpretación de aquella cláusula y en lo que hace con el cobro del impuesto de valorización por parte del Municipio.

Lo que significa que, el debate quedó limitado a las peticiones subsidiarias del libelo, que se refieren concretamente a la citada cláusula, y cuyo sentido y alcance se dejaron fijados en la primera parte de esta decisión.

Resta, entonces, ver si la municipalidad de Medellín cumplió o no con lo pactado.

La obligación principal contraída por la Compañía del Hotel Nutibara, S. A., fue la de construir un edificio adecuado para hotel en el área de la ciudad de Medellín, y dotarlo en las condiciones previstas en el pacto-escritura 832 de 1940; esto es, una obligación de hacer, cuyo cumplimiento está plenamente demostrado en los autos, como uno de los hechos fundamentales de la demanda, y, además, reconocido expresamente por la contraparte —escritura 2107 de 1942—. La obligación primordial del Municipio de Medellín, radica en el otorgamiento a la Compañía del auxilio o protección económica, que se dá a las empresas útiles o benéficas con el fin de asegurar sus buenos resultados y en orden al mejoramiento material y de la economía futura de la entidad de derecho público que los otorga, consistentes, concretamente, en el caso *sub-judice*, en la exención, garantía o prerrogativas del no pago de los impuestos municipales directos existentes en el año de 1937 y de los que pudieran establecerse mientras durara la construcción del edificio proyectado para el hotel y en los primeros cinco años de su explotación, además, del no cobro de los servicios públicos de agua, energía eléctrica, teléfonos, etc.

El gravamen directo, denominado impuesto de valorización, quedó incluído entre los no cobrables, es decir, entre las exenciones otorgadas por el Municipio a la Compañía, como se vio al fijar el alcance de las estipulaciones discutidas. Pero, examinando el material probatorio traído a los autos, dedúcese de él, que la Municipalidad se ha abstenido, en cumplimiento del pacto, de cobrar a la sociedad demandante, los impuestos directos municipales allí detallados, excepto el de valorización, cuyo pago, la Junta encargada de liquidarlo y recaudarlo, ha exigido, según Resolución número 65 de 1946. Notificada ésta a la Compañía, por conducto del Gerente, fue objeto del recurso de apelación ante el Concejo Municipal (Acuerdo 85 de 1938, orgánico del impuesto) recurso que hasta la fecha de la demanda no había resuelto, ni en uno ni en otro sentido.

En este estado, mientras la Resolución no adquiera el carácter de definitiva, no sujeta al hecho posterior de su aprobación o improbación por el Concejo Municipal de Medellín, no nace para la Compañía demandante el derecho de exigir judicialmente el cumplimiento del contrato, con la correspondiente indemnización de perjuicios, por virtud de la cláusula que discuten las partes contratantes. Porque, los efectos de la Resolución de la Junta están en suspenso y se ignora si, en realidad, el impuesto es exigible, o no, a la Compañía, comoquiera que ésta sostiene que, de acuerdo con lo estipulado, está exenta de su pago.

Por otro aspecto de la cuestión, dadas las discrepancias surgidas en la aplicación de la cláusula que otorga la exención, en cuanto a su alcance jurídico-económico, los contratantes han recurrido a su interpretación judicial; y, mientras el Juez competente, no desatara la controversia en que se sostienen tesis antagónicas en lo referente al cobro o

no cobro del impuesto de valorización por el Municipio o la Compañía, toda pretensión de las partes en uno u otro sentido, sobre cumplimiento del contrato, con base en aquella cláusula, no se justifica. Porque: la concreción del derecho de la Compañía y la obligación correlativa de la Municipalidad, y a la inversa, requieren la interpretación de aquélla, la que no puede provenir del solo criterio de una de las partes para admitir que la obligación, cuyo cumplimiento se exige, existe, sin analizar ampliamente esa estipulación con anuencia plena y completa de la otra parte, y sin que intervenga la decisión judicial correspondiente. Lo contrario significaría que una de las partes podría interpretarla y aún modificarla sin intervención de la otra, contrariando los preceptos de los artículos 1602 y 1621 del Código Civil.

Estas dos situaciones procesales anotadas, ponen de manifiesto la improcedencia de las peticiones principales de la demanda, así como la de la exigencia de intereses sobre la suma depositada para los efectos del recurso interpuesto contra la Resolución de la Junta de Valorización.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia que el 19 de abril de 1949 profirió en este juicio ordinario el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, revoca la de primera instancia expedida el 15 de diciembre de 1947, por el Juzgado Primero Civil de ese Circuito y en su lugar resuelve:

Primero.—Decláranse improcedentes las peticiones principales de la demanda y la contenida en la parte final de la segunda subsidiaria relativa a intereses sobre la suma allí especificada.

Segundo.—Declárase que el Municipio de Medellín no puede exigir a la Compañía del Hotel Nutibara, S. A., domiciliada en esa ciudad, el impuesto de valorización que grava el edificio del Hotel del mismo nombre, por virtud de lo estipulado en la cláusula *Cuarta*, letra b) del convenio protocolizado bajo la escritura 832 de 5 de abril de 1940 y aprobado por el Acuerdo número 73 de 1939, y, por el tiempo allí determinado. Por tanto, ejecutoriada esta sentencia, el Municipio de Medellín devolverá a la Compañía del Hotel Nutibara, S. A. la suma de sesenta y nueve mil novecientos diecisiete pesos, setenta y cuatro centavos ($ 69.917.74), depositada por ésta a órdenes de aquél, en cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo número 70 de 1946.

Tercero.—Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas. — Luis Enrique Cuervo.

Gualberto Rodríguez Peña. — Manuel José Vargas.

El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION REIVINDICATORIA. — ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA. — NO ES TECNICO HABLAR DE EXCEPCIONES PERENTORIAS DE FORMA NI DE DILATORIAS DE FONDO

1. — Cuando la demanda implica necesariamente el pronunciamiento sobre un acto o contrato, o relación jurídica, de los cuales sea titular una persona que no ha sido llamada al juicio, para desconocerles valor o eficacia, la sentencia sobre el fondo de tal cuestión no puede proferirse y se limita a desestimar la demanda, como consecuencia de tal omisión. En tal evento, la personería sustantiva de la parte demandada es incompleta, e ilegítima por consiguiente, por no haberse dirigido la acción contra todas las personas que son sujetos pasivos obligados de la litis y están llamados a contradecirla.

La Corte ha declarado que existe ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado, cuando la demanda no se dirige contra quienes, de acuerdo con la ley, están llamados a contradecirla, por ser obligados sujetos pasivos de la litis. (Negocios Generales, 7 de junio de 1937, G. J., 45, pág. 532; Casación Civil, 2 de octubre de 1936, G. J., 45, pág. 343; 12 de agosto de 1941, G. J., número 1978, pág. 179; noviembre 12 de 1951, G. J. número 2107-2108, pág. 773).

2.—No es correcto hablar de nulidad del remate o de la permuta, por recaer tales actos sobre un bien que no era de propiedad del cónyuge supérstite ni del permutante. El remate de cosa que no pertenece al ejecutado, equivale a una venta de cosa ajena. Y ésta no es nula en nuestro derecho, al tenor del artículo 1871 del Código Civil; simplemente no transfiere al comprador o rematante derechos que no pertenezcan al vendedor o ejecutado. Tampoco puede perjudicar los derechos del dueño, mientras no se extingan por el lapso de prescripción.

3.—Como lo expuso la Corte, en sentencia de Casación Civil de 15 de marzo de 1949 (G. J. números 2070-2071, pág. 614), nuestra legislación no consagra la excepción de petición de modo indebido, a que se refería el Código Judicial anterior. Así, pues, hoy podría emplearse técnicamente esa expresión sólo en el caso de acudir a vías procesales inadecuadas, como lo establecía el Código antiguo. La aludida denominación no es procedente cuando se trata de carencia de personería sustantiva, de falta de pruebas o de derecho, o cuando se demanda a persona distinta de la obligada.

4.—La excepción perentoria la constituyen los hechos que en el juicio aparecen demostrados y que atacan la pretensión del demandante o el fondo de la litis, bien sea en forma definitiva para constituir cosa juzgada, por tener el carácter de hechos impeditivos del nacimiento del derecho o extintivo de éste, o de manera temporal, para los efectos del juicio, pero sin que se destruya el derecho pretendido por el demandante, quien puede hacerlo valer en juicio posterior.

Pero siempre se ataca con esta clase de excepciones el fondo de la litis y la pretensión del demandante, tal como lo dice el artículo 392 del C. Judicial, que las define. Por eso, no es técnico hablar de perentorias de forma ni de dilatorias de fondo, como muchas veces se ha hecho, porque las primeras necesariamente deben dirigirse contra el fondo de la cuestión debatida, aun cuando persigan únicamente paralizar el ejercicio del derecho en el respectivo juicio. Tal ocurre, verbigratia, en los casos de plazo no vencido, condición no cumplida, falta de legitimación o de personería sustantiva de la parte demandante o demandada. Las segundas, indispensablemente, son de simple forma, porque se refieren a vicios procesales y tienden a suspender o mejorar el procedimiento, como lo dice el artículo 328 del mismo Código. Más técnico es hablar de perentorias definitivas o absolutas y del juicio o temporales, y de dilatorias relativas o que apenas suspenden el juicio pero permiten su continuación una vez subsanado el defecto procesal, y dilatorias absolutas o definitivas, que hacen imposible adelantar el juicio, como la de declinatoria de jurisdicción.

5.—La denominación equivocada o poco técnica que el juzgador dé a la excepción, no es motivo de casación, cuando no modifica sus efectos y consecuencias y, por tanto, no incide en la resolución. Lo importante es saber si como resultado de esa excepción, la decisión desestimatoria de la demanda, adoptada por el sentenciador, conlleva o no la violación de ley sustantiva que se alega.

6. — Cuando se demanda la nulidad de un acto o contrato, es obvio que el correspondiente pronunciamiento sólo puede hacerse con audiencia de todas las partes o sujetos de ellos; pero cuando el propietario reivindica contra el poseedor que le opone un título de dominio emanado de tercera persona que no tenía el carácter de dueño cuando lo otorgó, o un remate en juicio ejecutivo seguido contra quien no era propietario del bien subastado, entonces el demandante no necesita pedir la nulidad de esa venta de cosa ajena o de ese remate, y ni siquiera es pertinente impetrarla, de acuerdo con el artículo 1871 del C. Civil; a él le basta hacer valer su propio título, pues el exhibido por el demandado no le es oponible ni puede producir efectos en su contra. Es decir, si se exceptúa el desconocimiento del título aducido como prueba de la excepción perentoria opuesta por el demandado para destruir la acción que contra él se ejercita con fundamento en títulos efectivos de dominio, el fallo, en realidad, no se pronuncia contra esa venta o remate de cosa ajena.

Significa lo expuesto que el propietario puede perfectamente reivindicar en forma directa contra el poseedor demandado, sin que necesite impetrar declaración alguna contra el título de éste, emanado de un tercero que ningún derecho pudo transferirle. Y como los legítimos derechos de dueño no sufren menoscabo con la enajenación que de un bien suyo haga un tercero, aquél tampoco necesita ejercitar su acción contra ese vendedor de cosa ajena, ni contra la venta forzada y el rematante, en el caso que se estudia. Esa venta o ese remate le son indiferentes. Y si el demandado le opone sus títulos al reivindicante, como recurso encaminado a desvirtuar el derecho en que funda la acción, éste simplemente los desconoce por no emanar de él ni de un antecesor en el dominio del bien, sino de tercero que nada pudo transferir y en nada pudo perjudicarlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, octubre veinte (20) de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Según consta de autos y lo expresa el fiel relato hecho por el recurrente en casación, el pleito sometido a la consideración de la Corte llega a ella con estos antecedentes:

"El 23 de enero de 1913 contrajeron matrimonio católico en la parroquia de Santa Rosa de Cabal Juan de Dios López y Mercedes Castaño.

"De tal matrimonio nacieron y viven María Adelina, María Romelia y María Lilia López, nacidas en Pereira el 2 de enero de 1914, el 17 de septiembre de 1916, y el 7 de noviembre de 1918, respectivamente.

La cónyuge señora Mercedes Castaño de López murió en Pereira el 21 de junio de 1920, y allí se le dio sepultura eclesiástica (folio 2, cuaderno 1º).

"Durante la vigencia del mencionado matrimonio, el marido señor Juan de Dios López M. adquirió por compra a Antonio Valencia Z., mediante escritura número 905 de 1º de diciembre de 1915, otorgada en la Notaría de Pereira, un solar situado en el área de aquella ciudad.

Los cónyuges Juan de Dios López y Mercedes Castaño procedieron inmediatamente después a edificar en ese solar una casa de bahareque y teja de barro, en la cual vivió la familia hasta algún tiempo después del fallecimiento de la señora Castaño de López.

Disuelta la sociedad conyugal por fallecimiento de la esposa y sin que se hubiera procedido a su liquidación, el cónyuge sobreviviente señor Juan de Dios López, en su solo nombre y diciéndose dueño del inmueble anteriormente relacionado, constituyó sobre éste dos gravámenes hipotecarios en favor del acreedor Lorenzo Cortés, mediante escrituras número 1015 de 22 de julio de 1925 y 1326 de 18 de agosto de 1927, otorgadas en la Notaría 1ª de Pereira.

Para hacer efectivos sus créditos, Lorenzo Cortés siguió juicio ejecutivo contra Juan de Dios López ante el Juzgado 2º del Circuito de Pereira, y dentro de ese juicio embargó el inmueble hipotecado que remató finalmente como acreedor de mejor derecho el 9 de septiembre de 1930.

Mediante escritura número 116 de 2 de marzo de 1940, de la Notaría 1ª de Pereira, Lorenzo Cortés transfirió en permuta a Policarpa Cortés el inmue-

ble que había rematado. Policarpa Cortés tiene la posesión actual del mismo.

Fundadas en que tal inmueble pertenece a la sociedad conyugal que formaron Juan de Dios López y Mercedes Castaño, porque no ha sido liquidada y porque a las enajenaciones apuntadas últimamente no concurrieron las herederas de la cónyuge difunta, las nombradas María Adelaida, María Romelia y María Lilia López, por conducto de su apoderado, promovieron juicio ordinario ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira el 15 de julio de 1947 contra Policarpa Cortés, a fin de que se declare que el inmueble atrás determinado es de propiedad de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por Juan de Dios López y Mercedes Castaño; que, en consecuencia, la demandada debe restituir el inmueble a esa sociedad, con los frutos civiles y naturales que haya producido o podido producir desde la contestación de la demanda, y de las costas del juicio. En petición de *otrosí*, solicitaron ordenar al Registrador del Circuito y a los notarios respectivos la cancelación de los títulos y registros relativos a las hipotecas, remate y permuta, antes enumerados.

La demandada contestó el libelo el 3 de febrero de 1948, diciendo ignorar algunos de los hechos y aceptando otros, especialmente el de que ella es poseedora actual del inmueble por virtud de la permuta con Lorenzo Cortés. Propuso las excepciones de prescripción de la acción, prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria del dominio, ilegitimidad de la personería sustantiva y adjetiva de las actoras, petición antes de tiempo y de modo indebido, ineptitud sustantiva de la demanda y cosa juzgada.

Al mismo tiempo la demandada Policarpa Cortés contrademandó a las actoras para que se declare que Lorenzo Cortés adquirió el dominio del inmueble mediante el remate de 1930 y que ella lo adquirió por virtud de la permuta con el rematador no siendo por consiguiente el caso de incluírlo en la sucesión de Mercedes Castaño ni tenerlo en cuenta en la liquidación de la sociedad conyugal López-Castaño. Subsidiariamente, pidió se declarara que la contrademandante Policarpa Cortés ha ganado por prescripción adquisitiva el dominio de dicho inmueble, que éste no se debe tener en cuenta al liquidar los patrimonios conyugal y sucesoral mencionados y que las contrademandadas perdieron por prescripción la acción intentada. Subsidiariamente, que las contrademandadas deben pagar a la contrademandante los perjuicios que sufrió Lorenzo Cortés por razón de las hipotecas y enajenación mencionadas, la suma que éste pagó en el remate, junto con intereses, y las mejoras, impuestos y contribuciones pagadas sobre ese inmueble por don Lorenzo y doña Policarpa. Otra subsidiaria pide se declare que Lorenzo Cortés se subrogó en los derechos de Juan de Dios López en la sociedad conyugal que formó con Mercedes Castaño y en la sucesión de ésta, relativamente al inmueble del pleito, y que, por falta de liquidación de la sociedad conyugal, la contrademandante es dueña de la mitad del inmueble y de los frutos y que a ella pertenece "todo lo que pudiera corresponder *al cónyuge Castaño*".

Las contrademandadas contestaron oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas en la demanda de reconvención y proponiendo las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda, ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante, petición de modo indebido, petición antes de tiempo, improcedencia de la acción, inoperancia de la acción, incompatibilidad e incongruencia de acciones, fundan tales excepciones en el hecho de que Juan de Dios López no es demandante en el juicio principal y que por tanto, las contraprestaciones que aspire a lograr de él el actor en reconvención, debe cobrarlas en juicio en que lo demande; en que la contrademandante no tiene ningún interés jurídico frente a las contrademandadas; en que todas las peticiones de la demanda de reconvención no tienen cabida en ésta; en que la acción de la señora Cortés es la de saneamiento por evicción y que ésta no puede ser deducida en juicio en que no es parte Juan de Dios López.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia de 16 *de febrero de* 1949, *el Juez del conocimiento falló el litigio* declarando probada de oficio la excepción temporal de petición de modo indebido y condenando en costas a las actoras. A tal resolución llegó por considerar que para la prosperidad de la acción reivindicatoria se requiere en este caso decretar previamente la nulidad de las hipotecas, de las sentencias de excepciones y pregón y remate en el ejecutivo y de éste mismo, para lo cual era imprescindible demandar en el ordinario a quienes intervinieron en esos actos, señores Juan de Dios López y Lorenzo Cortés, y no se les demandó.

Sentencia recurrida

Apelado el fallo por el personero de las actoras, subieron los autos al Tribunal Superior de Pereira,

entidad que en sentencia del 2 de septiembre de 1949 confirmó lo resuelto por el inferior, pero sin condenar en costas a las demandantes.

El recurso

La parte actora en el juicio ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, invocando la causal primera del artículo 520 del C. Judicial. Los dos cargos que formula contra tal providencia pueden resumirse como sigue:

Primer cargo.—"El soporte principal del razonamiento del fallo del Tribunal Superior de Pereira puede concretarse así: Para reivindicar un inmueble que salió del dominio del verdadero dueño por virtud de remate cumplido en juicio ejecutivo contra persona que hipotecó un bien ajeno, es preciso que aquél recupere primero el dominio que perdió, a fin de que vuelva a tener título de propietario, único que lo capacita para ejercitar acción reivindicatoria. Por tanto, ha de anular previamente el juicio y remate que lo privaron del dominio a efecto de que le prospere la acción reivindicatoria, no sin que las dos acciones se puedan provocar conjuntamente, siempre que se cite al juicio a quienes participaron en los actos que se han de invalidar. Porque entonces la acción reivindicatoria no puede ser principal, sino accesoria y consecuencial de la de nulidad. Y como en el caso de autos no se demandó a quienes intervinieron en los actos anulables sino únicamente a la poseedora actual de la finca, hubo *petición de modo indebido*, excepción que de oficio declara probada.

"En suma, el sentenciador de Pereira parte del equivocado juicio de que la venta de cosa ajena —que no otra cosa implica el remate contemplado en autos— privó del dominio al verdadero dueño, error de derecho que lo condujo a no decretar la reivindicación impetrada sino a declarar la excepción perentoria temporal de petición de modo indebido. Ello implica violación de la ley por interpretación errónea de los preceptos sustantivos que gobiernan los efectos de la venta de cosa ajena, especialmente los artículos 1871, 740, 741, 752, 753 y concordantes del C. C. y por inobservancia —falta de aplicación— de los artículos 946, 950, 952, 964, 1774, 1781, 1836, 1325, 2443 y concordantes de la misma obra".

Después de explicar el verdadero sentido y la pertinencia de los artículos citados, para aplicarlos al caso *sub judice*, añade el recurrente:

"No obstante la diafanidad de los textos sustantivos apuntados, el fallador de Pereira creyó que un remate del bien materia del pleito, realizado por el acreedor Lorenzo Cortés en juicio ejecutivo contra el cónyuge sobreviviente para hacer efectivos los créditos hipotecarios constituídos por éste solo sobre ese inmueble, después de la muerte de la esposa, había despojado al verdadero dueño —la sociedad conyugal disuelta e ilíquida López-Castaño— de su título de dominio, por lo cual era de rigor que lo recuperara, mediante anulación del juicio ejecutivo y del remate, para colocarse en posibilidad jurídica de sustentar acción reivindicatoria.

"En los siguientes apartes concretó el sentenciador su pensamiento: 'Cuando la restitución proviene de ese reconocimiento —nulidad de un contrato o de un juicio ejecutivo, la acción reivindicatoria toma el carácter de acción indirecta, o sea que no está llamada a prosperar mientras la nulidad del contrato que privó a quien invoca la acción y ejercita el derecho en su calidad de dueño no esté declarada. Esto porque la acción de dominio corresponde ejercerla a quien tiene ese carácter y habiéndolo perdido por virtud de un título, se halla compelido a recuperar su calidad de tal, para invocar así la acción de dominio'..... 'En la demanda se afirma que el inmueble de que se trata, sigue siendo de la sociedad conyugal disuelta pero ilíquida López-Castaño y de la sucesión de esta última, representada por las demandantes, porque a pesar de existir en su contra el título de la demandada, la enajenación no ha podido operarse sin el consentimiento y con la intervención de todos los interesados. Acusa esta afirmación el ejercicio de una acción reivindicatoria de tipo indirecto o accesoria. Y como se ejercitó la reivindicatoria sin la de nulidad, tuvo razón el señor Juez *a quo* para declarar probada oficiosamente la excepción de petición de modo indebido, porque no cabía considerar la acción de dominio sino después de declarar procedente la de nulidad".

A lo expuesto por el Tribunal, replica el demandante en casación: "Habiendo constituído Juan de Dios López las hipotecas sobre un bien social dándose por propietario único de él, y sin concurrencia de todos los personeros de la sociedad conyugal ilíquida, hipotecó un bien ajeno; no habiendo sido llamados al juicio ejecutivo los representantes de la sociedad propietaria, son terceros respecto del remate y demás actuaciones allí cumplidas, las que, por otra parte, no vulneran sus derechos. Habiéndose vendido en pública subasta, a nombre del ejecutado López, un inmueble que no era de éste, el rematador no adquirió el dominio de la cosa por-

que ésta no pertenecía al tradente ejecutado, representado por el Juez. Y si el rematador Lorenzo Cortés no adquirió el dominio, tampoco pudo traspasarlo jurídicamente a la actual poseedora Policarpa Cortés.

"La sociedad conyugal ilíquida no ha creado ningún título o acto que se levante como valla en su camino para reivindicar su bien poseído por otro. Tiene despejado el camino para recuperar la posesión del inmueble. No habiendo ningún título o acto que se interponga en su acción, la sociedad nada tiene que echar a tierra para llegar hasta el actual poseedor.

"¿Por qué, entonces, se quiere obligar a la sociedad para la cual piden las actoras, a anular actuaciones y contratos en que no ha intervenido y que no han cancelado ni amenguado su título de propiedad? Teniéndolo intacto, puede ejercer directa y principalmente la acción reivindicatoria. Esta es, en tal caso, autónoma, no para mientes en contratos o actos de terceros, cuya suerte, alcance y efectos sólo admiten debate entre quienes los celebraron o ejecutaron. Carece, pues, de todo soporte jurídico la afirmación del Tribunal relativa a que la reivindicación pedida en este juicio implica una acción indirecta o accesoria.

"Y es que tampoco tendrían personería para promover la anulación del ejecutivo y del remate. Porque, según el Art. 456 del C. J., antes de terminar el juicio sólo las partes pueden pedir las nulidades; y porque después de terminado, según el artículo 457 de la misma obra, es a la *parte* que no fue legalmente notificada o emplazada o no estuvo debidamente representada, a quien corresponde pedir la nulidad por la vía ordinaria. Las actoras del presente pleito no fueron *partes* en el preindicado ejecutivo, luego no tienen personería para provocar su nulidad en otro juicio.

"Si las actoras no tenían necesidad de provocar acción de nulidad, y en efecto no la promovieron, era ocioso e inconducente citar al juicio a los terceros que actuaron en las hipotecas, ejecución y remate.

"Si a la parte petitoria de la demanda que sólo comprendía las súplicas relativas a la reivindicación, se añadió como *otro sí* una sobre orden a los notarios y registrador para cancelación de los títulos y registro contentivos de las hipotecas y remate, ello no constituye propiamente acción de nulidad de los contratos y actos contenidos en esos títulos, cosa que no se pidió. Ahora bien, si para la prosperidad de la súplica de esas cancelaciones se requiriera la citación al juicio de quienes firmaron los títulos, y no fueron citados, la vía indicada al sentenciador era negar esa súplica que en nada afectaba la acción principal y directa de la reivindicación, cuya prosperidad apareja, por sí sola, la inefectividad de los títulos aducidos por el poseedor demandado.

"Lo que no podía el sentenciador era negarse a fallar la acción principal y directa de la reivindicación rebajándola a la categoría de accesoria y dándole a una consecuencial y secundaria súplica sobre cancelación de títulos la categoría de acción de nulidad para imponerla como previa, autónoma y subordinante de la otra".

Luégo cita abundante jurisprudencia de la Corte, en apoyo de sus argumentos.

Segundo cargo. — "El sentenciador interpretó erradamente la demanda inicial de este juicio ordinario al sostener que en ella se pedía la nulidad de las hipotecas y del remate, cosa que no ha ocurrido, y ésa equivocación lo llevó a no decretar la reivindicación impetrada sino a declarar probada la excepción de petición de modo indebido, por no haber citado al juicio a quienes intervinieron en esos actos. Considero violados los mismos artículos 740, 741, 752, 753, 946, 950, 952, 964, 1774, 1781, 1871, 1836, 1325, 2443 y concordantes del C. C.

"Dijo al efecto el Tribunal:

"En este juicio se han invocado varios factores de hecho y de derecho conforme a los cuales se reivindica como consecuencia de la existencia de unos actos o contratos que se consideran inválidos, sin que se haya tenido presente demandar a todas las personas que fueron partes en el juicio o contrato cuya nulidad se acusa, hasta el punto de que en la petitoria número cinco del libelo principal, se solicita como consecuencia de la prosperidad de la acción de dominio la cancelación de los registros que corresponden a esos actos o contratos. La Corte ha sido constate en sostener que hay petición indebida cuando no se mencionan los nombres de los demandados en el juicio ejecutivo cuya nulidad se persigue, o el de los contratantes que figuran en las convenciones que se tildan en igual sentido, y que es obligación del juzgador en instancia negarse a fallar de fondo cuando, buscando oficiosamente, como es su deber, los presupuestos procesales encuentra que se ha pedido indebidamente por no haberse demandado también a una de las personas que en su concepto debió ser parte en el juicio".

"Cree el Tribunal que las actoras pidieron la nulidad 'sin que se haya tenido presente demandar a todas las personas que fueron partes en el juicio o

contrato *cuya nulidad se acusa*'. Subrayo. ¿En qué numeral de la parte petitoria de la demanda se acusó la *nulidad* o se solicitó la declaratoria de ella? Las cuatro primordiales peticiones solicitan se declare: que el inmueble es de propiedad de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida López-Castaño; que la demandada Policarpa Cortés debe restituír tal inmueble a dicha Sociedad; que debe restituír los frutos naturales y civiles del inmueble a partir de la contestación de la demanda; y que ha de pagar las costas del juicio. En el *otrosí* aparece como quinta petición la de que se cancelen los títulos e inscripciones contentivos de las hipotecas impuestas por el cónyuge López, del acta de remate llevada a cabo por el acreedor Lorenzo Cortés y de la permuta que éste celebró con Policarpa Cortés.

"Bien se aprecia que esta última petición se hizo como consecuencial a la reivindicación, ya que ordenada ésta, perderían su virtud legal esas inscripciones. No era necesaria, pero se quiso abundar en requisitos para que después de la restitución no quedaran en los archivos escritos que, aunque inútiles jurídicamente, podrían dar lugar a confusiones en la historia de la finca. Las hipotecas debieron cancelarse con el remate, y éste, por ser venta de cosa ajena, no es oponible al verdadero dueño.

"Pero de que se hiciera esa secundaria petición no ha de seguirse que se solicitó la nulidad de contratos y actos determinados porque entonces cada uno de ellos habría sido materia de una petición clara, expresa, debidamente configurada. Ni siquiera aparece la palabra *nulidad* en las peticiones de la demanda. Es muy distinto pedir la cancelación de unos escritos a pedir la nulidad de los contratos.

"El Tribunal edificó su sentencia sobre la errada interpretación de que las actoras *demandaron la nulidad* de los actos apuntados y de ahí sacó la consecuencia concretada en la parte resolutiva del fallo de que había petición de modo indebido por no haber convocado al debate a las personas que intervinieron en los actos motejados de nulos. Pero el mismo sentenciador se encarga, al final de la parte motiva, de remover totalmente la estructura de su edificación porque allí nos resulta confesando que las actoras *no demandaron la nulidad de* esos actos. Dice:

"Y como se ejercitó la reivindicatoria SIN LA DE NULIDAD, tuvo razón el señor Juez *a quo* para declarar probada oficiosamente la excepción de petición de modo indebido, porque no cabía considerar la acción de dominio sino después de declarar procedente la de nulidad".

"Sin embargo, vino un fallo acorde con la primera y errada interpretación de la demanda, contradictorio y absurdo si se relaciona con la última".

Para un mejor análisis del problema planteado se estudian en conjunto los dos cargos.

De los antecedentes expuestos aparece que en la demanda se ejercitó acción reivindicatoria del inmueble a favor de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Juan de Dios López y Mercedes Castaño. Se pidió además, la cancelación de los títulos de hipoteca, remate y permuta de dicho inmueble y de sus registros respectivos, por haber tenido tal inmueble el carácter de bien de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida en el momento de haberse constituído la hipoteca por el cónyuge supérstite y más tarde, cuando fué rematado como consecuencia de la acción de venta originada en ese gravamen.

El Tribunal Superior de Pereira confirmó la sentencia de primera instancia, para dejar en pie la excepción temporal de petición de modo indebido, en vista de que para la prosperidad de la acción reivindicatoria se necesitaba obtener previamente la nulidad de las hipotecas y de las sentencias de excepciones y pregón y remate, más la del juicio ejecutivo. Así, pues, según lo dijo el sentenciador, se ha debido demandar a Juan de Dios López y Lorenzo Cortés, partes en los contratos y en el juicio de que se trata.

El recurrente sostiene que la reivindicación se puede ejercitar directamente por ser la sociedad conyugal la dueña del inmueble y no sufrir perjuicio con la hipoteca y el remate, sin que importe que se haya pedido también la cancelación de los títulos y registros de tales actos y de la permuta hecha entre el rematante y el demandado.

Observa la Sala.

El principio general que nuestra constitución consagra, de que "nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio", tiene aplicación tanto en asuntos penales como civiles, y se relaciona íntimamente con el de la relatividad de la cosa juzgada, el cual impide, salvo taxativas excepciones, que un fallo civil produzca efectos obligatorios contra personas que no han sido partes en el respectivo juicio.

Es decir, para poder causar perjuicios "jurídicos" con una sentencia civil a determinada persona, es indispensable que ésta haya sido parte en el juicio, a menos que se trate del caso excepcional que le dá valor erga omnes a la cosa juzgada.

Esta es la razón por la cual, cuando la demanda implica necesariamente el pronunciamiento sobre un acto o contrato, o relación jurídica, de los cuales sea titular una persona que no ha sido llamada al juicio, para desconocerles valor o eficacia,

la sentencia sobre el fondo de tal cuestión no puede proferirse y se limita a desestimar la demanda como consecuencia de tal omisión. En tal evento, la personería sustantiva de la parte demandada es incompleta, e ilegítima por consiguiente, por no haberse dirigido la acción contra todas las personas que son sujetos pasivos obligados de la litis y están llamadas a contradecirla.

La Corte ha declarado que existe ilegitimidad en la personería sustantiva del demandado, cuando la demanda no se dirige contra quienes de acuerdo con la ley están llamados a contradecirla, por ser obligados sujetos pasivos de la litis (Negocios Generales, 7 de junio de 1937, XLV, pág. 532; Casación Civil, 2 de octubre de 1936, XLIV, pág. 343; C. C. 12 de agosto de 1941, G. J. 1978, pág. 179; Casación Civil, noviembre 12 de 1951, G. J. 2107-8 pág. 773).

En la sentencia de 12 de noviembre de 1951, dijo la Sala: "La ineptitud, pues, puede ser de fondo o de forma. Es de fondo cuando falta la personería sustantiva, mientras que la ineptitud de forma toca con la personería adjetiva, es decir, con la representación de la parte en el juicio. Existe en aquel caso lo que puede llamarse imposibilidad en el fallo, como cuando se demanda la nulidad de un contrato y no se citan al juicio a todos los contratantes, o cuando, como aquí, se impetran unas nulidades y no se ha demandado a la firma de San Francisco de California que intervino en los actos o contratos que sirven de materia a esas solicitudes de nulidad" (G. J. 2107-8 pág. 776). La misma doctrina se encuentra en Casación Civil de 12 de agosto de 1941, (G. J. 1978, pág. 179).

Como se ve, es doctrina consagrada por la Corte que cuando se pide la nulidad de un acto o contrato, para la prosperidad de la acción y para que pueda el fallador, resolver sobre el fondo de la litis así planteada, se requiere que hayan sido demandadas todas las personas que fueron partes en tal acto o contrato, pues de lo contrario se produciría una condena contra persona ausente del juicio si la sentencia fuera favorable al actor. Cuando no se ha llamado al juicio a todas las personas que necesariamente resultan obligadas con la sentencia y que, por tanto, deben ser contradictores de la acción incoada, se configura la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda por ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada.

Aplicando ahora las nociones expuestas al caso de autos, se tiene: para que la acción reivindicatoria de la demanda principal prospere, no es indispensable que el remate del inmueble, hecho por Lorenzo Cortés dentro del ejecutivo que adelantó contra Juan de Dios López, aparentemente dueño de él, haya sido nulo como pasa a explicarse.

En primer lugar, no es correcto hablar de nulidad del remate o de la permuta, por recaer tales actos sobre un bien que no era de propiedad del cónyuge supérstite ni del permutante. El remate de cosa que no pertenece al ejecutado, equivale a una venta de cosa ajena. Y ésta no es nula en nuestro derecho, al tenor del artículo 1871 del Código Civil; simplemente no transfiere al comprador o rematante derechos que no pertenezcan al vendedor o ejecutado. Tampoco puede perjudicar los derechos del dueño, mientras no se extingan por el lapso de prescripción.

De manera que el pronunciamiento que debía hacer el juzgador en este juicio, respecto de tales actos, no era el de su nulidad sino el de su ineficacia contra la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que se pretende dueña desde antes de establecer el marido los gravámenes hipotecarios, y por consiguiente con anterioridad a la época en que se efectuó el remate en juicio contra éste.

En segundo lugar, la denominación que en las sentencias de primera y segunda instancias se le dió a la excepción que de tales hechos se deduce, no es la adecuada. Como antes se dijo, la ausencia de personas que han debido ser demandadas como sujetos de la litis, constituye ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada e ineptitud sustantiva de la demanda, pero no petición de modo indebido. Las peticiones pueden estar correctamente formuladas. Lo que se echa de menos es la presencia de uno o varios sujetos pasivos de la litis que al juez se plantea. Además, como lo expuso la Corte en sentencia de Casación Civil de 15 de marzo de 1949 (G. J. 2070-1, pág. 614), nuestra legislación no consagra la excepción de petición de modo indebido, a que se refería el Código Judicial anterior. Así, pues, sólo podría emplearse hoy técnicamente en el caso de acudir a vías procesales inadecuadas, como lo establecía el Código antiguo. La aludida denominación no es procedente cuando se trata de carencia de personería sustantiva, de falta de pruebas o de derecho, o cuando se demanda a persona distinta de la obligada.

La excepción perentoria la constituyen los hechos que en el juicio aparecen demostrados y que atacan la pretensión del demandante o el fondo de la litis, bien sea en forma definitiva para constituír cosa juzgada por tener el carácter de hechos

impeditivos del nacimiento del derecho o extintivos de éste, o de manera temporal para los efectos del juicio, pero sin que se destruya el derecho pretendido por el demandante, quien puede hacerlo valer en juicio posterior.

Pero siempre se ataca con esta clase de excepciones el fondo de la litis y la pretensión del demandante, tal como lo dice el art. 392 del C. Judicial, que las define. Por eso no es técnico hablar de perentorias de forma ni de dilatorias de fondo, como muchas veces se ha hecho, porque las primeras necesariamente deben dirigirse contra el fondo de la cuestión debatida, auncuando persigan únicamente paralizar el ejercicio del derecho en el respectivo juicio. Tal ocurre, verbigratia, en los casos de plazo no vencido, condición no cumplida, falta de legitimación o de personería sustantiva de la parte demandante o demandada. Las segundas indispensablemente son de simple forma, porque se refieren a vicios procesales y tienden a suspender o mejorar el procedimiento, como lo dice el artículo 328 del mismo Código. Más técnico es hablar de perentorias definitivas o absolutas y del juicio o temporales, y de dilatorias relativas o que apenas suspenden el juicio pero permiten su continuación una vez subsanado el defecto procesal, y dilatorias absolutas o definitivas que hacen imposible adelantar el juicio, como la de declinatoria de jurisdicción. La Corte ha empleado la denominación de perentoria temporal o del juicio en varias sentencias, entre ellas G. J. 2062-3, pág. 466, y 2087-8, pág. 119 (Derecho Procesal Civil General, pág. 199, sigts. Devis Echandía).

Pero la denominación equivocada o poco técnica que el juzgador dé a la excepción, no es motivo de casación cuando no modifica sus efectos y consecuencias, y por tanto no incide en la resolución. Lo importante es saber si como resultado de esa excepción, la decisión desestimatoria de la demanda adoptada por el sentenciador conlleva o no la violación de ley sustantiva que se alega.

El Tribunal incurrió en muy notorios errores al considerar que para la prosperidad de la reivindicación se necesitaba pronunciarse sobre la invalidez o ineficacia del remate y de la permuta, pues tal acción podía instaurarse directamente, como se hizo, sin necesidad de pedir ni obtener ninguna declaración judicial previa, destructora de aquellos títulos.

Es necesario examinar, por tanto, si no tratándose de acción de nulidad, cabía aplicar al caso presente la tesis del Tribunal y la doctrina de la Corte que para aquella clase de acciones se expone en las sentencias atrás mencionadas.

La Sala no duda que se trata de dos hipótesis completamente distintas que no pueden ser reguladas por la misma doctrina. Cuando se demanda la nulidad de un acto o contrato, es obvio que el correspondiente pronunciamiento sólo puede hacerse con audiencia de todas las partes o sujetos de ellos pero cuando el propietario reivindica contra el poseedor que le opone un título de dominio emanado de tercera persona que no tenía el carácter de dueño cuando lo otorgó, o un remate en juicio ejecutivo seguido contra quien no era el propietario del bien subastado, entonces el demandante no necesita pedir la nulidad de esa venta de cosa ajena o de ese remate, y ni siquiera es pertinente impetrarla de acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil; a él le basta hacer valer su propio título, pues el exhibido por el demandado no le es oponible ni puede producir efectos en su contra. Es decir, si se exceptúa el desconocimiento del título aducido como prueba de la excepción perentoria opuesta por el demandado para destruír la acción que contra él se ejercita con fundamento en títulos efectivos de dominio, el fallo en realidad no se pronuncia contra esa venta o remate de cosa ajena.

Significa lo expuesto, que el propietario puede perfectamente reivindicar en forma directa contra el poseedor demandado, sin que necesite impetrar declaración alguna contra el título de éste, emanado de un tercero que ningún derecho pudo transferirle. Y como los legítimos derechos del dueño no sufren menoscabo con la enajenación que de un bien suyo haga un tercero, aquél tampoco necesita ejercitar su acción contra ese vendedor de cosa ajena, ni contra la venta forzada y el rematante en el caso que se estudia. Esa venta o ese remate le son indiferentes. Y si el demandado le opone sus títulos al reivindicante, como recurso encaminado a desvirtuar el derecho en que funda la acción, éste simplemente los desconoce por no emanar de él ni de un antecesor en el dominio del bien, sino de tercero que nada pudo transferir y en nada pudo perjudicarlo.

Tiene razón, pues, el recurrente cuando acusa la sentencia por error de hecho en la apreciación de la demanda inicial, al sostener el Tribunal que en ella se pedía la nulidad de las hipotecas y del remate. Este error del juzgador lo condujo a aplicar sin ser pertinente la doctrina expuesta atrás, que configuraba la excepción mal denominada petición de modo indebido, cuando ha debido calificarse como ilegitimidad de la personería sustantiva

de la parte demandada. Es evidente, pues, la violación por no aplicación del art. 1871 del C. C. sobre efectos de la venta de cosa ajena; y también lo es la consiguiente falta de aplicación de los artículos 946, 950, 952, 1781 y 1836 del Código Civil, al no haber entrado a resolver el Tribunal sobre el fondo de la acción reivindicatoria incoada.

Como hay motivos suficientes para casar la sentencia recurrida, pasa la Sala a proferir el fallo de instancia que la sustituye.

Fallo de instancia

De las pruebas aportadas al juicio, aparecen demostrados los siguientes hechos: 1) El día 23 de enero de 1913 se celebró el matrimonio católico de Juan de Dios López y Mercedes Castaño (C. 1º, fol. 1); 2) Durante la existencia de la sociedad conyugal, el marido adquirió un inmueble a título oneroso, según escritura número 905 de la Notaría Primera de Pereira, fechada el 1º de diciembre de 1915 (C. 1º, fol. 4); 3) El 21 de junio de 1920 murió la cónyuge Mercedes Castaño (C. 1º, fol. 2 infra); 4) Del anterior matrimonio nacieron María Adelaida, María Romelia y María Lilia López Castaño (C. 1º, fol. 2); 5) En el juicio ejecutivo de Lorenzo Cortés contra Juan de Dios López, se practicó el remate del inmueble adquirido por éste dentro del matrimonio. Tal bien fue adjudicado a Lorenzo Cortés en diligencia que tuvo lugar el 9 de septiembre de 1930, es decir diez años después de disuelta la sociedad conyugal, por muerte de la cónyuge del ejecutado (C. 1º, fol. 5 vta.); 6) El juicio de sucesión de la causante Mercedes Castaño se declaró abierto en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, el cuatro de mayo de 1939 (C. 1º, fol. 7 vta.), y en auto de esa fecha se reconoció a las mentadas hijas legítimas como herederas en dicha calidad; 7) En el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, no existía constancia hasta el 24 de junio de 1941 de haberse otorgado licencia alguna para enajenar bienes de las menores hijas de Juan de Dios López y Mercedes Castaño, cuyos nacimientos ocurrieron en 1914, 1916 y 1918 (C. 1º, fols. 2 y 9;) 8) El señor Lorenzo Cortés, rematante del inmueble, lo dio en permuta a favor de la señora Policarpa Cortés, demandada, mediante escritura número 116 de dos de marzo de 1940, otorgada en la Notraía Primera de Pereira (C. 1º, fols. 11 a 12); 9) Por las circunstancias expuestas y estando el inmueble en posesión de la demandada Cortés, las hijas legítimas de la causante Castaño, en representación de ésta, formularon demanda reivindicatoria para que se declare que ese inmueble pertenece tanto a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por sus padres, como a la sucesión de su madre, y que en consecuencia se condene a la demandada a restituírlo con sus frutos a dichas sucesión y sociedad conyugal ilíquida, ordenando la cancelación de los títulos y registros de la permuta de la demandada con Lorenzo Cortés y del remate a favor de éste.

El demandado opuso las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria, de petición antes de tiempo y de modo indebido, de cosa juzgada, de inepta demanda, de ilegitimidad de la personería adjetiva, de petición de modo indebido y de carencia de personería de las demandantes para pedir a nombre de la sociedad conyugal disuelta e ilíquida y de la sucesión, y consecuente falta de legitimación en causa.

Demanda de reconvención

En tiempo oportuno la señora Policarpa Cortés presentó demanda de reconvención contra las actoras principales, para que se declare que Lorenzo Cortés adquirió por virtud del mencionado remate la propiedad del inmueble, que la reconviniente es la dueña de éste en virtud de la permuta que celebró con aquél, y que, por tanto, no debe incluírse el inmueble en la sucesión de Mercedes Castaño ni tenerse en cuenta para liquidar la sociedad conyugal de ésta con Juan de Dios López. Subsidiariamente pide que se declare a su favor la prescripción adquisitiva de ese bien. Secundariamente solicita también la condena en perjuicios y el pago de $ 2.334.00 más intereses, y el reconocimiento del derecho de retención. Finalmente pide se declare que Cortés se subrogó en los derechos de López en la sucesión de su esposa y en la liquidación de la sociedad conyugal, y que por tanto la reconviniente es dueña de la mitad del inmueble.

Posesión de la demandada principal e identificación del inmueble

Tanto de la contestación de la demanda principal, como del libelo de reconvención, aparece aceptado por la demandada Policarpa Cortés el hecho de ser la poseedora material del bien en litigio, posesión que incluso ella misma alega como fuente de prescripción ordinaria y extraordinaria.

También en la diligencia de inspección ocular practicada en primera instancia consta dicha posesión. En ella se identificó plenamente el inmueble reivindicado, como el mismo que había sido adqui-

rido por Juan de Dios López, y que fue gravado por éste después con las hipotecas de que tratan las escrituras públicas números 1015 de 22 de julio de 1925 y 1326 de 18 de agosto de 1927, otorgada en la Notaría 1ª de Pereira. (C. 3, fols. 25 vta. y 26).

Los títulos de la sociedad conyugal López-Castaño

De las escrituras públicas y certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Pereira, que fueron traídos a los autos en debida forma, aparece demostrado sin la menor duda, que el inmueble reivindicado fue adquirido a título oneroso por el señor Juan de Dios López dentro del matrimonio de éste con la Castaño, y que por ende se trata de un bien de la sociedad conyugal formada por ellos. También se demostró plenamente con las partidas de matrimonio, defunción y nacimientos atrás mencionadas, que cuando el señor López gravó con hipotecas a favor de Cortés ese inmueble, la sociedad conyugal se encontraba disuelta e ilíquida por la muerte de la cónyuge, y la sociedad era, de consiguiente, la única dueña del bien. Es decir, que se gravó cosa ajena. También se encuentra plenamente demostrado que el remate de ese inmueble, hecho por Cortés en juicio contra López, recayó en bien ajeno, motivo por el cual no pudo producir efecto alguno en contra de la sociedad conyugal, como al analizar la demanda de casación se expuso.

Quiere decir lo anterior, que las demandantes probaron que el bien que reivindican pertenecía a la sociedad conyugal cuando fue adquirido por Cortés y posteriormente por la demandada. En consecuencia, a la luz de tales títulos y circunstancias la acción incoada reivindicatoria es procedente.

La excepción de prescripción ordinaria

Sin embargo, no obstante la claridad de los hechos y conclusiones anteriores, la reivindicación y la declaración de dominio en favor de la sociedad conyugal López-Castaño no puede prosperar, pues si bien el remate hecho por Cortés y la subsiguiente permuta a favor de la demandada principal no transfirieron dominio del inmueble a éstos, sí en cambio sucede que tales títulos son justos. Ellos, y la buena fe del rematante Cortés dan derecho a alegar, como lo hizo la demandada, la prescripción ordinaria de diez años que se consumó antes de la notificación de la demanda.

En efecto, el remate en cuestión tuvo lugar el día 9 de septiembre de 1930 y la diligencia se registró el 3 de octubre del mismo año en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Pereira (C. 1º, fols. 5 y 6, y C. 4, fol. 38). Esa demanda fue presentada el día 15 de julio de 1947, y notificada el 24 del mismo mes y año. (C. 1º, folio 16). Es decir, entre el día del registro de la diligencia de remate y el de la notificación de la demanda, transcurrieron 16 años, 9 meses y 12 días.

La posesión de la demandada principal y su causahabiente Cortés.—Queda por analizar, si la demandada y su causahabiente a título singular, estuvieron en posesión material pacífica, continua y ostensible durante ese tiempo.

De acuerdo con la copia auténtica tomada del juicio ejecutivo de Lorenzo Cortés contra Juan de Dios López, aparece que en el auto aprobatorio de la diligencia de remate, fechada el 10 de septiembre de 1930, se ordenó la entrega de los bienes rematados al señor Cortés. Pero no hay constancia ninguna en dicha copia de que la entrega se hubiera practicado; menos aún de la fecha en que hubiera tenido lugar. Sin embargo, con las declaraciones recibidas en la primera instancia, se demostró suficientemente que Cortés y la demandada han tenido la posesión pacífica e ininterrumpida desde 1930. Ciertamente, *Luis María Orozco* declara (C. 4, fol. 20) que conoció el inmueble en litigio por haberle hecho allí a Lorenzo Cortés, en 1930, un trabajo de carpintería consistente en armar un nuevo tramo de la casa. Por tal motivo le consta que en ese año ya estaba Cortés en posesión quieta y tranquila del bien, ejercitando sobre él actos de señor y dueño. Ignora, sí, hasta cuándo continuó Cortés en esa posesión; *Luis A. Estrada* declara (C. 4, fol. 21) que conoció el inmueble en el año de 1932, por haber trabajado entonces en él al servicio de su propietario Lorenzo Cortés, quien pagaba obreros y facilitaba lo necesario para la construcción de una casa en ese predio; pero no sabe cuánto tiempo continuó Cortés en esa posesión; *Gregorio Cárdenas* declara (C. 4, fol. 22) que en el año de 1939 le tomó en arrendamiento la casa a Cortés y que desde esa fecha hasta el año de 1943, lo reconoció como dueño y poseedor. Que ejercía aquél actos de dominio, pues le hacía reparaciones al inmueble y recibía el pago de los cánones hasta 1943, fecha en que Cortés le manifestó al declarante que había vendido la casa a la señora Policarpa Cortés. Desde entonces hasta el presente (declara en 1948) continuó el testigo reconociéndole el dominio a dicha señora, a quien pagó los arrendamientos. Agrega que allí ha vivido sin interrupción hasta el día de su declaración;

Rosendo García declara (C. 4, fol. 23) que desde 1930, año en que Lorenzo Cortés adquirió por remate la casa en litigio, la tuvo en posesión real y materialmente. Así lo asegura porque cuando ya era del rematante fue a vivir en ella la madre del testigo y un hermano suyo de nombre Emilio García, ocupándola después él diez años atrás en 1938, por espacio de nueve meses. Agrega el deponente que Cortés ejercía siempre actos de dueño, recibía los pagos, hacía las reparaciones, etc.; *José Salazar y Salazar* declara que fue nombrado depositario en el juicio ejecutivo dentro del cual ocurrió el remate, sin que nadie se hubiera opuesto a la diligencia ni posteriormente hubiera hecho reclamos; que el arrendatario Emilio García continuó pagándole al testigo los cánones, hasta que por cuenta del Juzgado hizo a Cortés entrega del inmueble (C. 4, fol. 24).

Existen otras declaraciones de menor importancia, pero con las anteriores es suficiente para admitir como plenamente demostrado: a) Que cuando el remate tuvo lugar era inquilino de la casa el señor Emilio García y depositario o secuestre, José Salazar y Salazar; b) Que éste hizo entrega del inmueble al rematante, quien desde el año de 1930 siguió recibiendo los cánones y haciéndole reparaciones y mejoras al inmueble; c) Que ya en el año de 1938 y durante nueve meses fue inquilino de esa casa Rosendo García; d) Que luego, desde 1939 hasta 1948 por lo menos, la tuvo en arrendamiento Gregorio Cárdenas; e) Que todos ellos poseyeron para Cortés hasta el año de 1943 en que vendió la casa a Policarpa Cortés, a la cual siguió reconociendo como dueño Gregorio Cárdenas, arrendatario del inmueble hasta el momento de rendir declaración.

Es importante observar que las demandantes principales no han discutido el carácter de poseedoras de Cortés y de la demandada, en su orden. Expresamente han reconocido la posesión de ésta.

Por lo dicho es procedente concluir, que la posesión material de Cortés comenzó a fines de 1930 (el remate ocurrió el 9 de septiembre de ese año) y continuó sin interrupción, quieta y pacíficamente, hasta el año de 1943. De allí en adelante tal posesión, con iguales características, la tuvo la demandada hasta el día de la notificación de la demanda. Tiene así, pues, evidente derecho a que se compute como suya la posesión de su permutante Cortés.

El justo título y la buena fe.—Estos dos elementos constitutivos de la posesión regular, se encuentran plenamente establecidos en el caso de autos. El señor Cortés adquirió el inmueble mediante remate verificado con todas las formalidades de ley, dentro del juicio ejecutivo que le adelantó a Juan de Dios López ante el Juzgado Civil del Circuito de Pereira. El juicio tuvo como títulos dos contratos de hipoteca celebrados por escritura pública entre ejecutante y ejecutado, recaídos sobre el mismo inmueble. Las copias de las escrituras se trajeron al juicio (la número 1015 de 22 de julio de 1925 y la 1326 de 18 de agosto de 1927 de la Notaría Primera de Pereira (C. 4, fls. 33 a 35). En dichos contratos, López se declaró dueño único del inmueble, calidad con que aparecía del certificado del Registrador aducido al juicio ejecutivo (C. 4, folio 42 vta.). El ejecutado no discutió siquiera su calidad de dueño; por el contrario, la denunció expresamente en el acto de intimación del mandamiento ejecutivo (C. 4, fol. 41 vta. y 42). Tampoco hubo oposición a la práctica del secuestro, como lo declaró el secuestre señor José Salazar y Salazar; y nadie, durante el juicio y hasta el remate, intentó desconocer la calidad de dueño del ejecutado. Por consiguiente, el justo título y la buena fe del rematante señor Cortés son claros y perfectos. También lo son respecto de la demandada, por haber ésta adquirido el mismo inmueble, del rematante y poseedor material, mediante permuta celebrada por escritura pública debidamente registrada (la número 116 de 2 de marzo de 1940 de la Notaría Primera de Pereira(C. 1º, fol. 11). No existe prueba ninguna en el sentido de que esta señora tuviera conocimiento entonces de que ese bien había sido rematado cuando pertenecía a una sociedad conyugal ilíquida y no consta que en este sentido hubieran hecho reclamación alguna los herederos de la cónyuge difunta. La primera demanda ordinaria que formularon las herederas contra Policarpa Cortés, para que se les declarara con derecho a la mitad del inmueble por haber sido bien de la sociedad conyugal, fue presentada el 19 de marzo de 1941 (C. 4, fols. 44 vta. a 48). Es decir, cuando ya habían transcurrido los diez años necesarios para la prescripción ordinaria. Además, ese juicio concluyó por sentencia de marzo 21 de 1945 proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en la cual se declaró probada la excepción de petición de modo indebido y se absolvió a la demandada; por consiguiente, tal demanda no interrumpió legalmente la prescripción, ni afectó la posesión regular de Policarpa Cortés. (La ejecutoria de la sentencia en mención la declaró el Juzgado de primera instancia en auto fechado el 11 de mayo de 1945).

Por consiguiente, la demandada ha probado su

excepción de prescripción ordinaria y con ella ha destruído la acción reivindicatoria de las demandantes.

Porque las peticiones de la demanda principal deben ser rechazadas, procede la absolución de la demandada.

La demanda de reconvención

Como el apoderado de la reconviniente señora Cortés no apeló de la sentencia de primera instancia, en la cual se dijo que no era el caso de pronunciarse acerca de la demanda de reconvención por no prosperar la principal, y haberse formulado aquélla "para en caso de resolverse favorablemente a la parte demandante cualquiera de las peticiones del juicio principal", la Corte no puede entrar al estudio de sus peticiones, no obstante aparecer probado el derecho a la declaración I) subsidiaria de adquisición del dominio del inmueble por prescripción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario de María Adelaida López y otras contra Policarpa Cortés el día 2 de septiembre de 1949, REVOCA la de primera instancia del señor Juez Civil del Circuito de Pereira, y en su lugar FALLA:

Primero.—Declárase probada la excepción perentoria de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio del inmueble objeto de la litis, formulada por la demandada Policarpa Cortés en oposición a las peticiones de la demanda principal que contra ésta formularon las señoras María Adelaida López de Peláez, María Lilia López de Coumith y María Romelia López de Ospina.

Segundo. — Niéganse, por consiguiente, todas y cada una de las peticiones de la demanda principal.

Tercero.—No es el caso de pronunciarse sobre la demanda de reconvención.

Cuarto.—Condénase en las costas de ambas instancias, a la parte demandante. (Demanda principal).

No hay lugar a costas en casación.

Notifíquese, publíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. Hernando Lizarralde, Secretario.

RECURSO DE REVISION

Teniendo los demandantes a su alcance, por autorización expresa de la ley, la vía ordinaria para la revisión de la sentencia a que su demanda se concreta, es improcedente la que pretenden conseguir mediante el procedimiento del recurso extraordinario de que tratan los arts. 542 a 548 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veinte de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Los señores Gerardo González y Ana A. Vanegas, por medio de apoderado, y con fundamento en la primera parte del numeral 4º del Art. 542 del C. J., han presentado demanda ante la Corte, "para que sea **Revisada,** la sentencia ejecutoriada de excepciones, de fecha 6 de septiembre de 1951, del H. Tribunal de Cali, Sala Civil, que revocó reformando la de 12 de marzo del mismo año, del Juzgado Tercero Civil de aquel Circuito, proferida esta última en el ejecutivo que ante el juzgado promovió el mentado señor Correa Carlos —contra los poderdantes del doctor Mondragón Guerrero— revisión, que solicito para que naturalmente, la sentencia del 21 de abril de 1952, ejecutoriada, de aquel mismo Tribunal, que revocó reformando la del mismo Juzgado de 2 de febrero de 1952 **ordenatoria de seguir adelante la ejecución y hacer el pago,** sufra las consecuencias del recurso de revisión".

El recurso extraordinario de revisión, instituído en el Libro 2º, Título 14, Capítulo 7º del C. J., se endereza a quebrantar el sello y la eficacia de la cosa juzgada, pero sólo cuando oportunamente se alega, concurre y demuestra alguna de las causales expresas y limitativamente previstas en la ley (Art. 542 del C. J.). Cuando ésto no ocurre, porque la causal alegada es infundada, por no tratarse precisamente de una de las taxativamente consagradas en la ley, o porque al invocarse alguna de ellas, "no se demuestre en forma plena y completa la totalidad de las circunstancias que la configuran", la admisibilidad del libelo en que se impetra el recurso, la veda o impide "la fuerza de la verdad legal que por ministerio de la ley conlleva la sentencia ejecutoriada".

De aquí, que "las sentencias susceptibles del recurso extraordinario de revisión son las ejecutoriadas que, proferidas por la Corte o por un Tribunal Superior, no pueden ser revisadas en juicio ordinario, lo cual es posible, según el Art. 473 del C. J., sólo cuando el asunto ha sido fallado en **juicio especial** y la ley autoriza expresamente que se ventile de nuevo por la vía ordinaria. En esos casos excepcionales la cosa juzgada está condicionada a posterior ventilación en juicio ordinario, de suerte que, mientras ésta no se verifique, aquélla será definitiva e intocable. Si el asunto se ventila de nuevo, lo juzgado en el juicio especial quedará en firme, o desaparecerá en absoluto, o sufrirá alteraciones, según lo que en definitiva se decida en el ordinario.

"Como el proceso extraordinario de revisión, por motivos de excepcional gravedad, permite atacar la cosa juzgada y se dirige a resolver si ella debe mantenerse tal como fué judicialmente establecida, o si, al contrario, debe derogarse o modificarse, no sería natural ni jurídico abrir la puerta de ese enjuiciamiento extremo cuando no se han agotado los medios comunes que dá el procedimiento para reparar los agravios inferidos a las partes.

"Uno de esos medios es precisamente, en ciertos casos, la ventilación del negocio en juicio ordinario, para lo cual no se exigen las causales taxativas y excepcionales de la revisión extraordinaria, a la cual podrá entonces someterse, cuando sea el caso, la sentencia definitiva que se dicte en aquel juicio.

"Compendiando estas ideas, puede afirmarse que cuando un asunto se falla en juicio especial y la ley permite ventilarlo después en juicio ordinario, es la sentencia que en este último se profiera la que es susceptible del recurso extraordinario de revisión, naturalmente cuando ello se justifique plenamente de acuerdo con las exigencias del Capítulo VII, Título XIV, Libro 2º del C. J." (Véanse sentencias de 17 de mayo de 1948 —Tomo LXIV—y julio 29 de 1952, aún no publicada).

La sentencia recurrida en revisión extraordinaria ante la Corte, fué dictada dentro de un juicio especial, el ejecutivo promovido por el señor Correa contra los poderdantes del doctor Mondragón Guerrero, con aplicación de los trámites del Título XXXIII Libro II del C. J., Arts. 981 y ss., y en obedecimiento al mandato del inciso final del 1026 ibidem. Y la causal alegada, aun cuando se trata de una de las consagradas taxativamente por la ley, es infundada, por la forma parcial como ha sido invocada, por no comprender la totalidad de las circunstancias que la configuran, limítase sólo a la primera parte del numeral 4° del Art. 542 de aquel estatuto; esto es, en cuanto la sentencia pudo ser dictada injustamente, pero sin que ello obedezca a una actividad delictuosa o de notoria mala fe determinante de la decisión, por cohecho, violencia o fraude, tal como lo prevé el precepto citado.

Por otra parte, el Art. 1030 del C. J. dispone: "La sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y, en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria.

En tal virtud, teniendo los demandantes a su alcance, por autorización expresa de la ley, la vía ordinaria para la revisión de la sentencia a que su demanda se concreta, es improcedente la que pretenden conseguir mediante el procedimiento del recurso extraordinario de revisión de que tratan los Arts. 542 a 548 del C. J.

Por todo lo expuesto, la Sala declara que no es admisible la demanda que se ha dejado examinada, por no ser susceptible del recurso extraordinario de revisión la sentencia a que ella se refiere.

Devuélvase al doctor Mondragón Guerrero, el depósito hecho en cumplimiento del Art. 544 del C. J., según comprobante que obra en el expediente.

En los términos y condiciones de los memoriales poderes presentados con la demanda, reconócese al doctor Antonio Mondragón Guerrero el carácter de apoderado de los señores Carlos Correa y Ana A. Vanegas y para los fines indicados en los poderes. Cópiese, notifíquese, cancélese la radicación y archívese. Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA LEGITIMACION EN CAUSA EN LOS JUICIOS SOBRE FILIACION NATURAL, NO ESTA LIMITADA AL PRESUNTO PADRE Y A LOS HEREDEROS QUE LO REPRESENTAN

De acuerdo con doctrina muy conocida de la Corte, la legitimación en causa dentro de los juicios sobre filiación natural no está limitada a la exclusiva intervención del padre o de los herederos que lo representan, cuando aquél fallece antes de la sentencia; puede también surtirse la controversia frente a otras personas con quienes el presunto hijo natural quiera definir situaciones jurídicas originadas en dicho estado, y que, desde luego, no tienen por qué circunscribirse al simple derecho de heredar patrimonialmente al padre. Así se deduce claramente de lo establecido por los artículos 219 a 223 del C. C., de franca aplicación a las controversias de filiación natural (art. 7º, Ley 45 de 1936) y en los que se ve expresamente reglamentada la legitimación en causa respecto de personas distintas del presunto padre o de los llamados a representarle. Con la sola diferencia en cuanto a los efectos de la sentencia, que mientras en el primer caso, o sea cuando el juicio se ha seguido contra legítimo contradictor, son universales o ERGA OMNES; en el segundo, son apenas relativos al interés de la persona o personas que han sido llamadas al juicio.

. . . . . .

De esta suerte, al fundar la sentencia del Tribunal de Tunja la ilegítima personería sustantiva de los opositores, en el hecho de no haberse acreditado la falta de otros herederos con vocación sucesoral preferente a la de los demandados, como lo sería la de los ascendientes y descendientes legítimos del pretenso padre natural, violó, por interpretación errónea e indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 401, 402 y 403 del C. C. desconociendo como consecuencia el derecho que a los hijos naturales les concede el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para obtener la consiguiente declaración de su estado civil.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).— Bogotá, octubre veinte de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

Con fecha diez de diciembre de mil novecientos cuarenta y siete, la señora Abigaíl Mayorga Sáenz, en su condición de madre natural de los menores Luis Arturo y Antonio José Mayorga S. demandó, por medio de apoderado, ante el Juzgado del Circuito de Moniquirá, a los señores Arcadio Suárez, Cristina Suárez de Beltrán, Carlina Suárez de Martínez, Clementina Suárez de Robles, Mónica Suárez de Rodríguez y Ana María Suárez de Beltrán, como herederos del señor Fernando Suárez, en su calidad de hermanos legítimos, para que con citación y audiencia suya y del Agente del Ministerio Público, se hicieran por vía ordinaria, las siguientes declaraciones:

"a) Que los menores Luis Arturo y Antonio José, hijos naturales de Abigaíl Mayorga, son hijos naturales del señor Fernando Suárez;

"b) Que en su calidad de tales, son los únicos herederos abintestato del señor Fernando Suárez con exclusión de los demandados.

"c) Que los menores Luis Arturo y Antonio José Mayorga tienen un derecho de condominio en proindiviso con todos los bienes de que trata el punto 7 de esta demanda (apartes a, b, d, e, f y g) y los demás que aparecieren ser del señor Fernando Suárez, perteneciéndole a cada uno de ellos una cuota de mitad sobre los mismos bienes de manera que el derecho de propiedad en proindiviso sobre tales bienes les pertenecen a ellos exclusivamente;

"d) Que al abrirse el juicio de sucesión del señor Suárez, el decreto de posesión efectiva de la herencia sólo puede dictarse después de que recaiga sentencia definitiva en el juicio que se inicia por medio de esta demanda;

"f) —sic— Que se les condene en las costas de este juicio, si hicieren oposición temeraria".

Como fundamento de estas declaraciones invocó, los que relacionan los tres primeros hechos

del libelo de demanda, y que corresponden a las previstas en los numerales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; a saber:

"1º—Desde mil novecientos treinta y ocho hasta el veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, el señor Fernando Suárez, tuvo relaciones sexuales estables y permanentes, de una manera notoria con Abigaíl Mayorga, en el sitio de Guato Viejo, jurisdicción del Municipio de Santa Sofía.

"2º—Como fruto de tales relaciones, Abigaíl Mayorga dió a luz a Luis Arturo el trece de diciembre de mil novecientos treinta y nueve y a Antonio José el siete de julio de mil novecientos cuarenta y uno;

"3º—El señor Fernando Suárez trató a los niños Luis Arturo y Antonio José como a sus propios hijos, dándoles el calificativo de hijos suyos y presentándolos ante sus parientes, amigos y relacionados como tales y suministrándoles todo lo necesario para su subsistencia, lo mismo que a la madre Abigaíl Mayorga especialmente en los estados de embarazo y parto; él hizo sentar la partida de registro civil del nacimiento de Luis Arturo, firmándola; los matriculaba en la escuela y los tenía en la propia casa de su esposa señora Evangelina Suárez de Suárez, para educarlos y atenderlos, logrando hasta el cariño y atenciones de su esposa para con los citados niños.

"..... .....

La demanda fué desatada en la primera instancia, mediante sentencia de veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, declarándose "probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la parte demandada", y negadas como consecuencia las peticiones de la demanda.

Apelada esta providencia ante el Tribunal Superior de Tunja, fué despachado el recurso mediante fallo de cinco de julio de mil novecientos cincuenta, en el sentido de confirmar el de primer grado, con fundamento en las consideraciones que en seguida se leen y que son las atinentes a la demanda de casación que ahora estudia la Corte:

"La doctrina ha aceptado como incuestionable que la única sana interpretación que puede darse al artículo 401 del C. C. es la de que los fallos sobre filiación natural deben producir efectos contra toda persona, aún sin que haya intervenido en el juicio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de litigios y la trascendencia de la declaración de estado civil así lo requieren, bastando para ésto que el fallo se haya proferido contra legítimo contradictor, porque es apenas lógico que si en la parte opositora no existe capacidad jurídica para ser sujeto pasivo de la acción, la declaración judicial de paternidad ningún resultado práctico produciría. Los artículos 401 a 404 establecen una excepción a lo prescrito por los artículos 17 del C. C. y 473 del C. J. que limitan los efectos de las sentencias judiciales a las personas que intervinieron en los pleitos. Las demandas sobre filiación no pueden tener éxito si se enderezan contra quien no es o no aparece en el proceso como legítimo contradictor. La falta de esta **conditio sine qua non** entraña nulidad en el juicio, siendo los fallos de efectos **erga omnes.**

"En los juicios sobre filiación natural que se promueven con base en la Ley 45 de 1936 es aplicable la figura jurídica del legítimo contradictor y los fallos que en ellos se dicten tienen efectos absolutos.

"De lo que se deja expuesto resulta que si la demanda sobre filiación natural se inicia después de muerto el pretenso padre natural, debe serlo necesariamente contra **todos** los herederos y demostrar tal circunstancia el actor de la demanda. Si omite hacerlo, o el demandado demuestra que existen otros herederos, las peticiones del libelo resultan inadmisibles, pues se dejaría de citar al proceso a personas que incuestionablemente debieron intervenir en su desarrollo y culminación y se incidiría en la tercera causal de nulidad de las establecidas por el artículo 448 del C. J.

"Ya se deja dicho que la demanda la promovió, valiéndose de apoderado, Abigaíl Mayorga, madre de los menores Luis Arturo y José Antonio, contra los seis hermanos legítimos de Fernando Suárez, a quien se señala como el progenitor de aquellos menores.

"En la primera instancia no se demostró la vinculación consanguínea afirmada en la demanda entre Fernando Suárez y los demandados, en el grado de hermanos legítimos. No hubo la identificación necesaria para establecer la relación jurídico-procesal entre los sujetos de la acción. Esta omisión provocó el insuceso de la demanda. Faltó el presupuesto procesal de **legimatio ad causam**, que reputados comentaristas y prestantes magistrados consideran no como un presupuesto procesal sino como uno de los elementos sustantivos de la acción.

"En la segunda etapa del juicio se ofrecieron por el apoderado de la actora, en copia, el acta de matrimonio de Segundo Suárez con María de la Purificación Fajardo y las de nacimiento de los

seis demandados, caracterizados como hijos legítimos de aquel matrimonio. También se adujo la de nacimiento de Fernando Suárez, hijo legítimo también de Segundo y Purificación.

"¿Pero cómo con estos documentos se colmó el vacío advertido por el señor Juez en la zona demostrativa de los hechos de la demanda? O de otra manera: ¿La omisión que fué causa del fallo recurrido quedó así corregida?

"Para dar respuesta acertada a estas interrogaciones es preciso hacer un análisis de la misma demanda y de la institución del registro del estado civil de las personas ya que la sentencia tiene que calcarse sobre aquella pieza básica del proceso para que resulte en consonancia con ella, como preceptúa el artículo 471 del C. J.

"Son hechos afirmados en la demanda:

"a) Que Fernando Suárez fué casado con Evangelina Suárez y que de este enlace no hubo sucesión;

"b) Que Fernando Suárez es hijo legítimo de Segundo y Purificación Fajardo, lo mismo que los seis demandados;

"c) Que Evangelina Suárez, esposa de Fernando, Segundo Suárez y Purificación Fajardo, padres de Fernando y los demandados, fallecieron;

"d) Que por no existir descendientes, ni ascendientes legítimos, ni cónyuge, los hijos naturales desplazan a los hermanos legítimos del padre natural y son los únicos herederos llamados a sucederle abintestato.

"De los hechos enumerados sólo se demostraron el matrimonio de los padres de Fernando Suárez y los demandados y la condición de hijos legítimos que tienen éstos con relación a Segundo Suárez y Purificación Fajardo. Dejaron de serlo los restantes. Pero fueron afirmados y su consideración sobre una hipótesis de existencia real presupone otros hechos cuya falta de demostración acarrea resultados adversos al éxito de la acción.

"La ley (art. 85 de la ley 153 de 1887) distingue seis órdenes de herederos y cada uno de ellos es subsidiario del que le precede en el sentido de que no es llamado sino cuando falta aquél. Ellos son: descendientes legítimos, ascendientes legítimos, hijos naturales, hermanos legítimos, colaterales legítimos y Municipio. Los descendientes legítimos excluían a los demás herederos, pero el artículo 18 de la ley 45 de 1936 estableció la concurrencia de los hijos naturales con los hijos legítimos, con derecho a la mitad de la cuota hereditaria de uno de éstos.

"Ahora: si los descendientes legítimos excluyen a los demás herederos, excepción hecha de los hijos naturales; si los ascendientes legítimos excluyen a los de grado más remoto y a los hermanos legítimos y concurren con los hijos naturales y al cónyuge (art. 19 de la ley 45, reformatoria del 1046 del C. C.); y si a falta de descendientes y ascendientes legítimos y de hijos naturales suceden al difunto su cónyuge y sus hermanos legítimos (art. 21 de la citada ley), y a falta, en este último caso, de cónyuge llevan toda la herencia los hermanos legítimos, para que tal extremo se realice, como lo pretende la demanda, es necesario, de necesidad absoluta, demostrar legalmente que no existen ni descendientes, ni ascendientes legítimos ni cónyuge de Fernando Suárez, y como se enuncia en la demanda que Fernando fué casado con Evangelina Suárez, que ésta falleció, lo mismo que los padres de aquél, y que del matrimonio de Fernando con Evangelina no hubo hijos, falta la demostración de estos hechos, la cual tiene que hacerse conforme a la ley.

"El **estado civil** es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones civiles" (art. 346 del C. C.).

"Dicha calidad deberá constar en el registro del estado civil, cuyas actas serán las pruebas del respectivo estado" (Art. 347 ibidem).

"La ley 92 de 1938 fijó las normas sobre registro civil de las personas y por ellas se sabe cómo se realiza el asiento de un nacimiento, de un matrimonio, de una muerte, de un reconocimiento y de una adopción. La copia auténtica del acta, firmada por el funcionario a cuyo cargo se encuentra el registro civil, es la prueba admisible para establecer el respectivo estado.

"La falta de los respectivos documentos (art. 19 de la ley 96 de 1938) del estado civil podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivos Curas Párrocos, respecto de nacimiento, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado".

"En ninguna de las formas establecidas por el texto transcrito se intentó demostrar la muerte de los padres de Fernando Suárez y los demandados, ni el matrimonio de Fernando con Evangeli-

na Suárez, ni la muerte de ésta. Tampoco se ensayó establecer por medio de testigos que del matrimonio de Fernando y Evangelina Suárez, no hubo sucesión. Esta ausencia de pruebas de los hechos tan protuberantes dejó sin demostración legal que los demandados, como hermanos legítimos del supuesto padre natural de los menores, ubicados en el quinto orden de vocación hereditaria, son hoy sus herederos únicos, lo que desemboca fatalmente en la imposibilidad de aceptar como establecida la personería sustantiva de la parte opositora".

"...Además, una incursión por el campo de la prueba ofrecida para establecer los motivos 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, no permite sino pronósticos de insuceso a los fines de la demanda. En efecto, las relaciones sexuales entre Fernando Suárez y la Mayorga no ofrecen la especial característica de la **estabilidad** indispensable para producir la certidumbre de la paternidad demandada. Antes de ponerse la Mayorga en contacto sexual con Suárez había entregado los tesoros de la virginidad y de la primera juventud a otro hombre, con resultado positivo: un hijo llamado Absalón. Desde muy temprana edad dió pruebas de intemperancia o aberración sexual. Cuentan testigos de su vida íntima que la casa de la madre, donde había un expendio de bebidas fermentadas, era lugar de cita de los admiradores de la Mayorga y de sus amigas de vida igualmente disipada, y que allí ella recibía a hombres a quienes prodigaba sus caricias y sus favores de mujer liviana.

"Distribuía las noches entre sus favoritos, siendo uno de ellos Fernando Suárez. Llevaba vida francamente alegre y de porfiada sensualidad, siendo de esa manera aquel ventorro un prostíbulo campestre, porque en él se congregaban mozos y mozas de los contornos con fines concupiscentes, al amparo de la amistad de Abigaíl, que se destacaba entre todos por la irrefrenada impudicia de que hacía gala. Y la estabilidad que deben ostentar las relaciones sexuales, notorias y permanentes, por lo demás, que requiere el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936 para fundar la presunción de paternidad, **implica necesariamente fidelidad** de la mujer para con el hombre, pues no de otro modo podría predicarse que el hijo que resultó de esas relaciones tiene por madre al concubinario.

"En cuanto a la posesión notoria del estado de hijos naturales de los Mayorga con respecto a Fernando Suárez, medio alegado también para fundar la acción de paternidad, es inapreciable legalmente. El artículo 398 del C. C., establece: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años contínuos, por lo menos". Y el propio autor de la demanda afirma en ella que las relaciones de Fernando Suárez con la Mayorga, comenzaron en 1938 y tuvieron fin, por muerte del primero, en 1947. No durante diez años. Y las partidas de nacimiento de los párvulos señalan el de Luis Arturo el 13 de diciembre de 1939 y el de José Antonio el 7 de julio de 1941. No cubriendo el lapso prescrito por la ley, este medio de prueba es inadmisible".

De ese fallo recurrió en casación el señor apoderado de la parte actora, y al efecto, propuso contra él dos cargos, que en el contenido literal de la demanda, se hallan conformados así, en lo fundamental:

Primero. — "Invoco como primera causal, la prescrita en el numeral 1º., inciso 2º del artículo 520 del C. J., por ser el fallo violatorio de la ley sustantiva, incurriendo en error de hecho, por falta de apreciación de las pruebas, como paso a demostrarlo.

"En la expedición del fallo recurrido se dejó absolutamente de lado la apreciación del convincente acervo probatorio allegado por la parte actora para acreditar los hechos fundamentales de la demanda, en relación con la declaración de paternidad natural.

"El no haberse apreciado ni tenido en cuenta, pero ni siquiera analizado, ninguna de las múltiples probanzas aportadas por la parte demandante con la mira de acreditar plenamente los hechos del libelo en cuanto a la declaratoria principal sobre filiación natural, consecuencialmente llevó al H. Tribunal a violar en la parte resolutiva de su fallo el derecho consagrado por el artículo 4º; numerales 4º y 5º de la ley 45 de 1936 y por el artículo 6º de la misma. De igual modo la sentencia acusada violó también las prescripciones sustantivas de los artículos 18, 19 y 20 del estatuto en mención.

"La falta de apreciación de las pruebas que se produjeron a lo largo del trámite, con arreglo a las normas legales vigentes, para acreditar la filiación cuya declaratoria se pidió en la demanda, constituye la principal o más importante alegación de este recurso. Porque si bien es verdad que el fallador, goza de amplitud de criterio para valorar las pruebas aducidas en el proceso, no es menos cierto que en todos los casos debe enfrentar el examen concienzudo de las mismas, ya que

de lo contrario sería imposible impartir justicia de manera equitativa y cabal. Exactamente en el mismo extravío tendrá que incurrir el juzgador, cuando, desechando la consideración de las pruebas aportadas por una de las partes, limita su atención y estudio unilateralmente, al examen y apreciación de las aducidas por la otra. Tal fué, precisamente la actitud del H. Tribunal en relación con el ofuscante caudal probatorio traído a los autos para demostrar los hechos básicos de la demanda".

Y concluye luego el recurrente, por analizar en detalle las pruebas aportadas al debate y de cuya falta de apreciación por el sentenciador de instancia se queja, para aducir la existencia, debidamente acreditada, del estado civil a cuya declaratoria se encamina el juicio.

Segundo.—Por medio de este cargo impugna el recurrente la desestimación hecha por el sentenciador de la personería sustantiva de los opositores, por cuanto allegadas al informativo las partidas de matrimonio de Segundo Suárez y María de la Purificación Fajardo, y la de nacimiento de Fernando y de quienes como hermanos suyos fueron llamados al juicio, encuentra legalmente acreditada la calidad que estos últimos tienen como herederos de su hermano Fernando, presunto padre natural, y legitimada por tanto la personería sustantiva de los opositores, sin que fuera indispensable, como lo sostiene la sentencia, aducir también la prueba de la defunción de los primeros, del matrimonio de Fernando con Evangelina Suárez, de la muerte de ésta, y de la falta de descendencia legítima en este último matrimonio.

"La argumentación del Tribunal sobre este punto, dice el recurrente, carece de asidero jurídico y doctrinal, porque parte de la base equivocada de que las sentencias proferidas en estos juicios sobre filiación, producen efectos **"erga omnes"**. Y por éso en la parte pertinente de su fallo, expresa textualmente: "La doctrina ha aceptado como incuestionable que la única interpretación que puede darse al Art. 401 del C. C. es la de que los fallos sobre filiación deben producir efectos contra toda persona, aún sin que haya intervenido en el juicio, porque la naturaleza intrínseca de esta clase de litigios y la trascendencia de la declaración de estado civil así lo requiere". Y en apoyo de su concepto, cita los siguientes apartes de la sentencia de esta Sala de fecha primero de octubre de 1945.

"Conforme a la nueva doctrina de la Corte que abrogó la anterior filiación natural, los artículos 401, 402 y 403 del C. C., forman un conjunto tal que desligarlos conduciría al absurdo. El primero de ellos dá el alcance absoluto al fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo; de suerte que 'no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos'; para que se produzca tan excepcional resultado establece el segundo de aquéllos, el 402, ciertos requisitos, de ellos, que se haya pronunciado contra legítimo contradictor, y el tercero el 403 define esta locución precisando que en la cuestión de paternidad lo es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre. Claramente se ve que la intervención del padre con tal nombre o calidad de legítimo contradictor, significa que, cuando se está ante ella de manera que con esa intervención se haya seguido juicio, la sentencia tendrá alcance contra todos, en vez del alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia, circunscrito como está por los artículos 473 y 474 del C. J. y 17 del C. C. a las personas que han intervenido en el litigio".

"Por lo que se deja trancrito, bien claramente se comprende el descarrío legal en que incurre el Tribunal cuando pretende en su fallo que los herederos del presunto padre, demandados después de ocurrida la muerte de éste, asumen también el carácter de "legítimos contradictores".

"No, la letra clara y sencilla del artículo 403 del C. C. establece, sin lugar a duda, que en estas cuestiones sobre paternidad no puede haber sino dos contradictores legítimos: el padre contra el hijo o el hijo contra el padre. Muerto éste, ya no puede hablarse de legítimo contradictor. En este caso sus herederos responden en juicio como continuadores suyos, pero nunca en el carácter de contradictores legítimos, que sólo correspondía al difunto. Por éso el aludido fallo de casación en otro de sus apartes más sobresalientes, dice: "Si todas estas reflexiones imponen el concepto o reconocimiento de que tal acción no expira con el padre cuando éste fallece sin habérsele demandado, es claro que vigente ella mientras el hijo viva, de ella han de responder los herederos de ese padre, a quien viviendo, le habría tocado responder ya que los herederos son los continuadores de la persona del difunto y le suceden en sus obligaciones trasmisibles (Art. 1155 del C. C.) Querrá decir tan sólo que la sentencia que se pronuncie en juicio contra los herederos **tendrá el alcance relativo de toda sentencia y que, por ende, no se extenderá en su fuerza de cosa juzgada sino sobre quienes hayan sido parte en la controversia.** En contraste con la que se dictara en juicio seguido contra el padre en persona, la que tendría efecto **erga om-**

nes en virtud de la declaración especial del artículo 401 ya que la alocución **legítimo contradictor** de que el art. 402 se vale para señalar al padre, tiene ese preciso sentido y resultado y no la sugestión que había querido dársele "a contrario sensu de ilegitimidad en cualquiera persona distinta".

"En la sentencia acusada, como si fuera pequeño el yerro anotado, se afirma lo siguiente para completar el dislate: "Las demandas sobre filiación no pueden tener éxito si se enderezan contra quien no es o no aparece en el proceso como legítimo contradictor. La falta de ésta "conditio sine qua non" entraña nulidad del juicio, siendo los fallos de efectos "erga omnes".

"De lo que resultaría consecuencialmente, si se admitiera tamaño desvarío, que las demandas sobre filiación natural solamente podrían establecerse contra el padre o en vida de éste, so pena de nulidad. Y ello no solamente riñe descaradamente con la doctrina sino con el propio espíritu de la ley.

"Como sería verdaderamente fatigante abundar en otras consideraciones sobre este aspecto del fallo acusado, en gracia de la brevedad, bastará decir que de lo expuesto en este capítulo y de las constancias de los autos, se concluye con toda fuerza de convencimiento, que la personalidad sustantiva de los demandados se halla plenamente acreditada en el proceso, y que por eso mismo carece del más leve asidero doctrinal y jurídico la excepción perentoria mantenida o confirmada por el Tribunal.

"Porque el razonamiento es irrebatible como la evidencia silogística: muerto el padre, la acción de filiación natural puede entablarse contra sus herederos; es así que en el expediente obra la plena prueba de que los opositores son hermanos legítimos del padre fallecido, luego éstos sí tienen capacidad jurídica para ser sujetos pasivos de la acción, y por lo mismo, carece de todo fundamento la excepción de ilegitimidad de personería sustantiva de los demandados, declarada por el Tribunal".

La Corte considera:

Atendiendo al orden lógico en que de conformidad con lo prevenido por el artículo 537 del C. J. deben considerarse los distintos cargos en casación, la Sala procede a examinar en primer término el que se relaciona con la personería sustantiva de los opositores, por corresponder a uno de los presupuestos procesales de la acción.

De acuerdo con doctrina muy conocida de la Corte, la legitimación en causa dentro de esta clase de juicios, no está limitada a la exclusiva intervención del padre o de los herederos que le representan cuando aquél fallece antes de la sentencia; puede también surtirse la controversia frente a otras personas con quienes el presunto hijo natural quiera definir situaciones jurídicas originadas en dicho estado, y que desde luego, no tienen por qué circunscribirse al simple derecho de heredar patrimonialmente al padre. Así se deduce claramente de lo establecido por los artículos 219 a 223 del C. C., de franca aplicación a las controversias de filiación natural (art. 7º Ley 45 de 1936), y en los que se ve expresamente reglamentada la legitimación en causa respecto de personas distintas del presunto padre o de los llamados a representarle. Con la sola diferencia en cuanto a los efectos de la sentencia, que mientras en el primer caso, o sea, cuando el juicio se ha seguido contra legítimo contradictor, son universales o **erga omnes,** en el segundo, son apenas relativos al interés de la persona o personas que han sido llamadas al juicio.

"De acuerdo con el artículo 403, comenta D. Fernando Vélez, sólo son legítimos contradictores el padre, la madre y el hijo. Sin embargo, de ésto no debe deducirse que no haya otras personas a quienes la ley permite impugnar la paternidad o la maternidad, puesto que los artículos 220, 222 y 237 conceden este derecho a terceros interesados, o a los ascendientes legítimos del marido en el caso de paternidad. La diferencia en el evento consiste en que cuando el juicio de filiación es entre legítimos contradictores, el fallo que se dicte es obligatorio para todos, mientras que en los demás casos el fallo sólo surte efectos respecto de los que litigaron. Por ejemplo cuando terceros en juicio contra el padre o la madre o sus herederos, obtienen sentencia en que se declara la legitimidad de un hijo, como no fué dictada entre legítimos contradictores, el hijo o sus herederos pueden demándar para que se le declare legítima". Y luego agrega: "Según el artículo 216, mientras viva el marido, sólo él podrá impugnar la legitimidad de un hijo de su mujer concebido durante el matrimonio. En este caso, si la impugna contra el hijo, esto es, si dirige el juicio contra éste, para que se declare su legitimidad, el fallo que se dicte, siendo entre legítimos contradictores, surtirá los efectos del artículo 401. En el mismo caso, si el marido en juicio con terceras personas, sostiene la ilegitimidad del hijo para librarse por ejemplo, de algunas obligaciones, el fallo que se dicte no producirá aquellos efectos, porque esa tercera

persona no es el legítimo contradictor. "Muerto el marido, puede ocurrir que ya hubiere establecido el juicio de filiación contra el hijo. En este caso, continuado por los herederos del marido según el artículo 404, éstos, son legítimos contradictores, y el fallo queda comprendido en la regla del artículo 401. Si el marido fallece antes de entablar el juicio, no es posible, dicen los señores Cood y Fábres, que se siga entre legítimos contradictores, ni por consiguiente, que se produzcan los efectos generales del artículo 401" (Derecho Civil Colombiano, tomo 2º pág. 29 y 30).

De esta suerte, al fundar la sentencia del Tribunal de Tunja, la ilegítima personería sustantiva de los opositores, en el hecho de no haberse acreditado la falta de otros herederos, con vocación sucesoral preferente a la de los demandados, como lo sería la de ascendientes y descendientes legítimos del pretenso padre natural, violó por interpretación errónea e indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 401, 402 y 403 del C. C., desconociendo como consecuencia el derecho que a los hijos naturales les concede el artículo 4º de la ley 45 de 1936, para obtener la consiguiente declaración de su estado civil.

Por lo tanto y fundado como se halla este cargo, la Sala procede, en conformidad con lo prevenido por el artículo 538 del C. J., a resolver en instancia lo que corresponde:

Según lo expuesto al principio de esta providencia, dos fueron las causales propuestas como fundamento de la declaración de filiación que se demanda: las relaciones sexuales estables y permanentes entre los pretendidos padres de los actores, en la época de la concepción de éstos, y la notoria posesión de estado civil. La Corte se detiene a examinar la primera de ellas, por encontrarla bastante para determinar el sentido de la decisión.

Conforme al artículo 4º de la ley 45 de 1936, "Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural: "4º—En el caso de 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 el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". Corresponde por consiguiente establecer, los términos como en el caso han podido acreditarse esas relaciones sexuales notorias y estables, en el tiempo previsto por la ley, entre Fernando Suárez y Abigaíl Mayorga Sáenz, pretendidos padres de los menores Luis Arturo y Antonio José Mayorga Suárez.

Ante todo vale tener presente, que el primero de los dos menores, Luis Arturo, nació el día 13 de diciembre de 1939 y el segundo, Antonio José, el 7 de julio de 1941, según las correspondientes certificaciones de origen civil acompañadas con la demanda (fls. 2 y v. C. Nº 1º). Por tanto la época de las respectivas relaciones, han de referirse al tiempo comprendido entre el 16 de junio de 1939 y el 10 de septiembre de 1940. Pues bien. Concretando el examen de las pruebas a los testigos que deponen sobre el tiempo preciso de las citadas relaciones, se encuentra lo siguiente:

Tulio Octavio Alvarez. "Es cierto y me consta por observación directa que el señor Fernando Suárez mantuvo relaciones sexuales estables y permanentes desde 1937 hasta el fallecimiento del señor Fernando Suárez y de estas relaciones fueron procreados los niños Luis Arturo y Antonio José, a quienes el citado señor Suárez les daba el tratamiento de hijo, los presentaba como tales a sus amigos y relacionados y en general al vecindario de Santa Sofía siendo así reputados como sus hijos naturales...".

Edilberto Grimaldo.—"Es verdad y me consta por observación directa que poco más o menos desde el año de 1937 en adelante, mantuvieron relaciones sexuales, estables y permanentes el señor Fernando Suárez y Abigaíl Mayorga en el punto de Guateque viejo, y de esas relaciones fueron procreados los niños Luis Arturo y Antonio José, a quienes don Fernando Suárez les daba el tratamiento de hijos naturales, atendía a su sostenimiento y educación y mantuvo en la casa de su esposa señora Evangelina Suárez, al niño Luis Arturo, a quien trataba con especial deferencia esta señora, por ser hijo de su esposo señor Fernando Suárez, lo que dió motivo a que el Párroco de entonces doctor Lorenzo Torres, censurara fuertemente a dicha señora; y al morir don Fernando Suárez no le dió sepultura eclesiástica...".

Carlos Casallas.—"Me consta, por observación directa, que poco más o menos, desde el año de 1937, mantuvieron relaciones sexuales estables y permanentes el señor Fernando Suárez y Abigaíl Mayorga, en el sitio de Guateque viejo y de estas relaciones fueron procreados los niños Luis Arturo y Antonio José, a quienes don Fernando Suárez, les daba el trato de hijos naturales, atendiendo a su sostenimiento y educación y mantuvo en casa de su esposa, doña Evangelina Suárez, al niño

Luis Arturo, a quien esta señora trataba con especial deferencia por ser hijo de don Fernando Suárez; lo que dió motivo a que el Párroco de entonces doctor Lorenzo Torres censurara fuertemente a dicha señora y al morir don Fernando le negó la sepultura eclesiástica manifestando desde el púlpito que tal hacía, por haber estado viviendo públicamente don Fernando Suárez con Abigaíl Mayorga y al efecto no se le dió sepultura en el cementerio bendito...".

Enrique de J. Rodríguez:—"Me consta por observación directa y personal y por haber mantenido relaciones de amistad con el finado señor Fernando Suárez, desde hace unos nueve años, más o menos que éste tenía relaciones sexuales con Abigaíl Mayorga viviendo en comunidad de habitación en el sitio de Guateque viejo en jurisdicción de este Municipio, y que de esas relaciones fueron procreados los niños Luis Arturo y Antonio José, hijos naturales de la citada Mayorga y el señor Fernando Suárez".

Noé Ramírez:—"Me consta por observación directa y personal y por haber mantenido relaciones de amistad con el finado señor Fernando Suárez, desde hace unos nueve años, más o menos, que éste tenía relaciones sexuales con Abigaíl Mayorga viviendo en comunidad de habitación en el sitio de "Guateque Viejo" en jurisdicción de este Municipio, y que de esas relaciones fueron procreados los niños Luis Arturo y Antonio José, hijos naturales de las citadas Mayorga, y el señor Fernando Suárez...".

Samuel Malagón:—"Me consta por directa observación y por haber mantenido relaciones de amistad con el finado señor Fernando Suárez, desde hace unos doce a quince años más o menos, que éste tenía relaciones sexuales con Abigaíl Mayorga y según manifestaciones que personalmente me decía, y siendo que vivía en comunidad de habitación en el sitio de "Guateque viejo", en jurisdicción de este Municipio, y que de tales relaciones fueron procreados los niños Luis Arturo y Antonio José, hijos naturales de la citada Mayorga y del señor Fernando Suárez...".

En análogo sentido a los anteriores depusieron además los señores Juan Evangelista Bohórquez, Efraín Suárez, Justo Malagón, Humberto Olarte, Tulio Efraín Naranjo y Evaristo Morales.

El convencimiento a que conducen estos testimonios respecto a las relaciones sexuales permanentes y notorias entre Abigaíl Mayorga, madre natural de los demandados y el señor Fernando Suárez, de quien se viene sosteniendo su calidad de padre de los mismos, dentro del tiempo en que legalmente cabe presumir la fecha de la concepción, no se desvirtúa por la circunstancia anotada por el Tribunal sentenciador de que "antes de ponerse la Mayorga en contacto sexual con Suárez, habría entregado los tesoros de la virginidad y de la primera juventud a otro hombre, con resultado positivo"; y de que, aún después, hubiere llegado a dispensarles sus favores a otros hombres. Porque siendo el tiempo en que aquellos hechos pudieron sucederse, factor esencial a la presunción de paternidad, la conducta anterior no incide sobre la resultante de las relaciones que con los caracteres de notoriedad y permanencia se ha establecido en época posterior. Y porque las referencias a que aluden otros testigos, sobre la simultaneidad de relaciones que mantuviera con el presunto padre y con otros hombres, no son bastantes a demostrar, unas veces por ausencia de motivos que convenzan de la exactitud de la época que éstos señalan, otros por deficiencia natural de los actos indicadores de aquellas relaciones, contra la verdad del hecho, que el mismo señor Suárez se apresuraba a reconocer frente a su propia esposa y amigos en general.

En consecuencia, y con fundamento en estas consideraciones, es el caso de hacer la declaratoria que se solicita sobre paternidad natural, así como la que corresponde al derecho preferente que los actores tienen para suceder a su padre señor Fernando Suárez, en relación con sus hermanos legítimos demandados en este juicio, de conformidad con lo establecido por el artículo 20 de la ley 45 de 1936.

La declaración de dominio, como consecuencia que es de la adjudicación que se haga dentro del correspondiente juicio de sucesión, no es procedente. Como tampoco lo es la relacionada con el decreto de posesión efectiva de la herencia, que sólo tiene lugar dentro del mismo juicio.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de cinco (5) de julio de mil novecientos cincuenta (1950), dictada por el Tribunal Superior de Tunja en este negocio, REVOCA la de primer grado proferida por el Juzgado del Circuito de Moniquirá, y en su lugar,

FALLA:

1º—Declárase a los demandantes menores Luis

Arturo y Antonio José Mayorga, como hijos naturales del señor Fernando Suárez, fallecido en la sección o vereda de Guatoque del Municipio de Santa Sofía, el día veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete.

2º—Declárase, asímismo, que los menores Luis Arturo y Antonio José Mayorga, son herederos del expresado señor Fernando Suárez, en su calidad de hijos naturales de éste, y tienen por tanto derecho preferente a la herencia, en relación con los señores Arcadio Suárez, Cristina Suárez de Beltrán, Carlina Suárez de Martínez, Clementina Suárez de Robles, Mónica Suárez de Rodríguez y Ana María Suárez de Beltrán, hermanos legítimos del causante.

3º—No hay lugar a hacer ninguna de las otras declaraciones solicitadas en la demanda.

4º—No hay costas en el juicio.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Güalberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCIONES DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y REIVINDICATORIA.-REQUISITOS PARA QUE EN JUICIO PUEDA DECLARARSE OFICIOSAMENTE LA NULIDAD ABSOLUTA DE UN ACTO O CONTRATO.—QUE DEBE ENTENDERSE POR EL INTERES JURIDICO PARA EL EJERCICIO DE UNA ACCION, CUANDO LA LEY LO EXIGE EXPRESAMENTE

1.—La mujer casada carece de acción para demandar la nulidad de los actos del marido, cuando éste dispone de bienes de la sociedad conyugal que la Ley 28 de 1932 encontró en el patrimonio común, regulados por las normas del C. C., mientras no se demuestre que tales actos del marido lesionan sus intereses.

2.—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 consecuncia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituir 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. (V. G. J. Tomo 49, pág. 848).

3.—El primer requisito para que la nulidad absoluta de un acto o contrato pueda ser declarada de oficio, es el de que el vicio o defecto que origina la nulidad debe aparecer de manifiesto del acto o contrato.

No habiendo sido definido por el legislador el vocablo "manifiesto", ni correspondiendo a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, que, según el diccionario, es lo que está patente o visible (artículo 28 del C. C.), que salta a la vista con sólo leer el contrato; por consiguiente, se tiene que la nulidad aparece de manifiesto, cuando basta leer el acto, sin relacionarlo con ninguna otra pieza o antecedentes del proceso, para que sea verificada.

Al emplear el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, la palabra MANIFIESTO, agregó todavía para reafirmar y reforzar su sentido, la frase determinativa y restrictiva "en el acto o contrato". No es dable, pues, poner en duda que el legislador ha querido, evidentemente, establecer que el vicio que provoque la declaración oficiosa de nulidad, deba hallarse presente, estar patente en el instrumento mismo del acto o contrato anulable, y no que ese vicio resulte de la relación que exista o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios del proceso.

El segundo requisito para que la nulidad absoluta pueda ser declarada oficiosamente, es el de que el acto o contrato nulo haya sido invocado en el litigio por alguno de los contratantes; es decir, que se haya exhibido en el proceso, en apoyo de alguna de sus pretensiones. En sentencia de 26 de agosto de 1938, dijo la Sala de Casación Civil: "Una nulidad absoluta y de la clase a que se refieren los artículos 15 y 2º citados, es decir, MANIFIESTA, en el sentido ya expresado, no puede declararse de oficio sino cuando entre las partes contratantes se está litigando sobre la efectividad o el cumplimiento del contrato, y entonces, como por un principio general de orden público, los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, el fallador niega esa vinculación, por medio de la declaración oficiosa de nulidad". (G. J., Tomo 47, págs. 66 y 238).

No sobra observar, en relación con este punto, que la nulidad absoluta sólo puede declararse cuando el acto o contrato viciado es invocado en juicio, lo que presupone que se está

tratando de que produzca efectos jurídicos; es el interesado mismo quien lleva el acto o contrato a conocimiento de la justicia, y lo único que hace ésta, es ejercitar una facultad que le está expresamente reconocida por la ley.

El tercer requisito o condición va en guarda del principio general, que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad, no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron o sus causahabientes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por la sociedad Royal Bank of Canada, en el ordinario de Lucía Vélez de Soto contra el mencionado Banco y otros, y por la señora de Soto.

Antecedentes

En el año de mil ochocientos noventa y tres (1893) por el hecho de su matrimonio, contrajeron sociedad conyugal de bienes, Lucía Vélez y José María Soto. Que en mil novecientos veintinueve (1929) (escritura 956 de la Notaría Segunda de Medellín), Soto adquirió para esa sociedad una zona de terreno de una superficie de seis mil doscientas diez y seis (6.216) varas cuadradas, por los linderos que se incluyen en la demanda y se determinan en la sentencia. Que en mil novecientos treinta (1930), por escritura 150 de la Notaría Primera de Medellín, Soto hipotecó al Royal Bank of Canada, hasta por la suma de quince mil pesos ($ 15.000) el predio en referencia, para garantizar así y con una prenda ya constituída, cualquier saldo a favor de aquel instituto, que pudiera resultar a su cargo en su cuenta bancaria. Que tal inmueble fue embargado en el año de mil novecientos treinta y uno (1931) por el Juzgado Cuarto del Circuito de Medellín, en el ejecutivo propuesto por Alfonso Upegui y otro contra el mismo señor Soto. Que en mil novecientos treinta y cuatro (1934), *estando aún vigente el embargo,* Soto dio en pago, por escritura 1215 de la Notaría de allí mismo, al referido Banco, el solar de que se trata. Finalmente que, para obtener el registro de la escritura de *dación en pago,* el Banco promovió, de acuerdo con su deudor Soto, la acción hipotecaria que se desprendía del título mencionado, como en realidad se hizo.

Con fundamento en los hechos que se dejan relatados, la señora Lucía Vélez de Soto *demandó a su marido,* al Royal Bank of Canada y a los señores Miguel Calle Machado, José Toro G. y Bernardo Gutiérrez C., estos últimos como poseedores actuales inscritos del lote de que se trata, para que con su audiencia se declare que es nulo, de nulidad absoluta, el contrato consignado en la escritura 1215 de 1934, por el cual José María Soto dio en pago al Banco el referido solar, por implicar el convenio de dación en pago un objeto ilícito, ya que se hallaba embargado el bien materia de la negociación por la época en que se efectuó; que igualmente es nulo aquel acto, pues para la fecha en que se realizó, el tradente Soto sufría de grave perturbación mental. Que como resultado de las nulidades demandadas, las cosas deben volver al estado en que se encontraban, y en consecuencia, que el bien reclamado pertenece a la sociedad conyugal Soto y Vélez de Soto; que los poseedores del inmueble, señores Calle Machado, Gutiérrez Gaviria y Toro G. están obligados a restituírlo a la nombrada sociedad conyugal.

Demandó, además, para que se condenara al Royal Bank a indemnizar los perjuicios ocasionados por la celebración del convenio, a sabiendas del objeto ilícito que él implicaba y tenido en cuenta también el estado de perturbación mental del vendedor.

En subsidio, suplica la demandante que se declare que la transferencia del inmueble comporta la de un bien ajeno, perteneciente a la sociedad conyugal, que no podía traspasar el marido sin la firma de la mujer (ley 28 de 1932).

Por último, también en subsidio, se solicita se exprese que la señora de Soto es dueña de la mitad del predio en litis, o comunera con los actuales poseedores, en la misma proporción.

La sentencia recurrida

El Juez de primera instancia negó los pedimentos hechos, por carencia de pruebas. Apelado el fallo, el Tribunal lo revocó, y en su lugar dispuso declarar absolutamente nulo, por ilicitud en el objeto, el contrato de *dación en pago* referido, y en consecuencia, que la sociedad conyugal Soto-Vélez de Soto es dueña del inmueble especificado en el convenio. Se condena también a los demandados Calle Machado, Toro G. y Gutiérrez como poseedores inscritos del bien reclamado, a restituírlo.

Se decidió que no estaba probada la excepción de prescripción alegada y se dispuso, como resultado

de la nulidad del contrato, el restablecimiento de la hipoteca a favor del Banco acreedor, a quien se absolvió del pago de perjuicios. No se hizo condenación en costas.

Si bien, la demanda de nulidad propuesta por la señora de Soto, se basa en la demencia de su marido, en el hecho de no aparecer en el acto de la dación en pago, que ella prestó su asentimiento y en la circunstancia de haber el esposo efectuado el contrato hallándose embargado el inmueble objeto de éste, la sentencia no hizo la declaración de nulidad propuesta, sino con fundamento en esta última causal.

Refiriéndose a ella, dice el Tribunal:

"En concepto de la Sala, el contrato es nulo absolutamente a causa de la ilicitud del objeto, por haberse concluído hallándose vigente el embargo decretado en la ejecución promovida por Alfonso Upegui y otro contra José María Soto, según se desprende de las constancias del juicio y en virtud de lo preceptuado en el artículo 1521 del C. C., el cual establece que hay objeto ilícito en la enajenación de cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. El artículo 1521 no prohibe simplemente la tradición; lo que prohibe es el mismo contrato traslaticio, en el caso contemplado".

Condena el fallo a los poseedores demandados, a restituir el bien con sus accesorios y frutos, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.

En lo relativo a la acción indemnizatoria de perjuicios, observa que ella se funda en que el Banco, al intervenir en la celebración de un contrato afectado de nulidad absoluta, ejecutó un acto ilícito, doloso, o por lo menos culpable. Dice que se intentó demostrar la "intención maliciosa del Banco" con la carta presentada en el proceso, pero sin embargo, lo allí relatado y convenido es posterior al acto nulo, siendo presumible la ignorancia de la existencia del embargo cuando se efectuó el contrato en referencia. No encuentra por lo demás, demostrados los perjuicios que sostiene la demandante se le causaron. La pérdida de la posesión del inmueble y sus posibles frutos, los considera compensados con los intereses de la deuda, al decretarse las prestaciones mutuas que se derivan de la declaración judicial de nulidad. Los gastos del juicio —agrega— se pueden reembolsar mediante la condena en costas; todo lo cual lo llevó a desechar la acción de responsabilidad civil propuesta.

En relación con la nulidad del contrato por perturbación mental del otorgante señor Soto, no encontró suficiente prueba para decretar lo impetrado por tal aspecto.

En desacuerdo con la sentencia, recurrieron en casación, por una parte, la señora Vélez de Soto como demandante, y por otra, el Banco y los poseedores del bien cuya entrega se ordena, quienes lo adquirieron por compra al instituto de crédito referido.

Los cargos propuestos

La Sala halla fundado, entre los cargos aducidos por la parte demandada, el que a contiuación se expresa, que le permite, al tenor del artículo 538 del C. J., prescindir de los demás.

Dice el recurrente:

"Tercer cargo

"37.—*La Causal.*

"Alego igualmente la primera causal del artículo 520 del C. J., por infracción de preceptos legales sustantivos.

"38.—*El concepto del fallo.*

"En la demanda (fl. 25, C. número 1) se solicitó la declaración de nulidad de la dación en pago por haberse hallado embargado el inmueble (Petición primera).

"Se solicitó igualmente la misma declaración, por causa de demencia del tradente (Petición segunda).

"Y también —subsidiariamente— la reintegración del inmueble a la sociedad conyugal Soto-Vélez, por tratarse de venta de cosa ajena en la dación hecha por el marido sin el consentimiento de la cónyuge (2ª parte de la petición sexta).

"Las causas de estas peticiones, según los hechos formulados, eran: el embargo del inmueble, la demencia del tradente y la falta de consentimiento de la esposa en el otorgamiento de la dación.

"El H. Tribunal declaró la nulidad absoluta de la misma, con fundamento en la primera causa.

"39.—*La infracción de la ley.*

"De las acciones ejercidas sólo la fundada en la falta de consentimiento de la cónyuge en la celebración del convenio de dación en pago, daba personería sustantiva o interés jurídico a la deman-

dante señora Lucía Vélez de Soto, esposa legítima del señor José María Soto.

"40.—No tenía personería sino en relación con la expresada acción, de acuerdo con la Ley 28 de 1932, y la doctrina de esa alta Corporación, *vigente cuando la demanda fue presentada* y según la cual la mujer casada, en lo que respecta a matrimonios celebrados antes del 1º de enero de 1933, podía demandar la reivindicación de los bienes gananciales que el marido enajenase después de esa fecha, sin anuencia suya. Pero, tal acción desapareció por virtud de la Ley 68 de 1946, *aclaratoria* de aquélla, y de allí en adelante la mujer *careció de personería y de interés jurídico para reivindicar dichos bienes.*

"41.—Mas, en relación con la acción de nulidad de los contratos celebrados por el marido, ni antes ni después de entrar a regir la ley 28 de 1932, tuvo nunca la mujer personería sustantiva, interés jurídico, para ejercerla *en vida del marido* que celebró el acto. Antes, el marido era el único administrador de la sociedad conyugal; después, con prerrogativas bastantes, en cabeza de cada cónyuge, para disponer, gozar y administrar, la mujer no tiene acción para pedir la declaratoria de nulidad, de rescisión, o de resolución, ni de ninguna otra cosa respecto de los actos jurídicos celebrados por el marido, así como tampoco la tiene éste para impetrarla en relación con los contratos perfeccionados por la cónyuge, mientras la sociedad conyugal subsista.

"El régimen actual de bienes en el matrimonio es de *muebles y adquisiciones*, con administración, y disposición separadas en cabeza de cada cónyuge, y si de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 28 cada cónyuge puede disponer de los bienes que adquiera, mal podría el otro tener acción para destruir sus actos jurídicos, celebrados o ejecutados en ejercicio de esa libertad, motivo por el cual la cónyuge carece de interés jurídico para anular la dación en pago que el marido hiciera antes o después de 1933, con bienes gananciales o bienes propios del mismo, adquiridos con anterioridad o posterioridad al 1º de enero de dicho año, mientras la sociedad conyugal esté vigente.

"42.—De consiguiente, la dación en pago de que se trata es invulnerable, a petición de la mujer, con fundamento en el régimen de la Ley 28 de 1932, porque se ajustó a este texto interpretado por la Ley 68 de 1946; y con fundamento en las causales de nulidad, por carecer de interés jurídico en vida del marido, esto es, bajo la existencia y funcionamiento de la sociedad conyugal, cuya presencia en el sistema de dichos textos, es evidente, según la doctrina de esa H. Corporación".

Señala como violados, el artículo 1º de la ley 28 de 1932; el artículo 2º de la ley 50 de 1936, e igualmente, los artículos 1740, 1741, 1746 y 1748 del C. C., sobre nulidad, efectos de las mismas y la consiguiente acción reivindicatoria, porque —dice— no habiendo interés jurídico, no podía declararse la nulidad, ni surtirse sus efectos.

Se considera:

La mujer casada carece de acción para demandar la nulidad de los actos del marido, cuando éste dispone de bienes de la sociedad conyugal, que la ley 28 de 1932 encontró en el patrimonio común regulados por las normas del C. C., mientras no demuestre que tales actos del marido lesionan sus intereses.

La jurisprudencia entendió que, por haber perdido el marido desde el primero de enero de mil novecientos treinta y tres (1933), el carácter de jefe único de la sociedad conyugal, y por lo tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas sobre el conjunto de los bienes de la anterior sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, *según lo entendió la Corte*, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges.

La jurisprudencia, pues, había considerado que, al entrar en vigor la ley 28 de 1932, se disolvió la sociedad conyugal existente, formándose de hecho una comunidad de bienes en que marido y mujer tienen iguales facultades, de tal suerte que no bastaba la voluntad de un solo cónyuge para enajenar cualquiera de dichos bienes, entendiendo que a la mujer se le reconoce plena capacidad administrativa y dispositiva, sin que el marido ejerza su representación legal.

Vino luego la ley 68 de 1946, cuyos preceptos son interpretativos de las normas de la citada ley 28, a las cuales, como ya se dejó dicho, la Corte le había dado determinado alcance en cuanto se refiere a las sociedades conyugales que la memorada ley encontró constituídas al entrar a regir. El legislador de 1946 ha cambiado esa doctrina con facultad legal para hacerlo, en razón de que "la interpretación legislativa de las leyes es la que fija con autoridad definitiva su alcance verdadero".

Al entrar en vigencia la ley 28 nombrada, la mujer, con poder suficiente del marido, puede ejercitar en nombre de él una acción de la sociedad conyugal relativa a bienes pertenecientes a ésta, de la cual es

único administrador el marido poderdante, y la personería adjetiva de la esposa sería completa para obrar por su consorte; pero carece de personería sustantiva para ejercitar dicha acción en su propio nombre, porque ella, por sí misma, no es administradora de la sociedad conyugal (artículo 1806 del C. C.); y por otra parte, no se ha probado el perjuicio directo que se le haya causado.

En relación con el patrimonio que la ley 28 encontró formado, el marido continúa siendo con respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, y por tanto, con facultad suficiente para gravarlos; en consecuencia, dada la situación económica del gravamen, nada se opone para darlos en pago, con el objeto de cancelar la deuda de la sociedad conyugal, garantizada con los mismos bienes.

¿Cuál, pues, sería el interés de la mujer, si su esposo era considerado como dueño; qué derecho pudiera desprenderse para la cónyuge de tal acto del marido, quien como administrador único de aquel patrimonio, creyó, o juzgó que era conveniente para los intereses que administraba, cancelar con la dación en pago, el crédito que pesaba sobre el bien hipotecado? Dicha acción es absolutamente lícita, en cuanto se refiere a cancelar, dando en pago el bien social gravado, es decir, considerando la operación independientemente de la nulidad que pudiera alegarse, causa distinta del contrato en referencia; tal, por ejemplo, los actos celebrados por el marido en fraude de los intereses de la sociedad conyugal. No es simplemente la ventaja económica, lo que constituye el interés jurídico. En acciones de esa naturaleza, ha dicho esta Sala, 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".

Tal estado pudiera existir si, como se indicó en los hechos de la demanda, se hubiera demostrado que el marido sufría enajenación mental en la época en que se hizo la dación en pago, lo cual no se demostró.

Acerca del interés jurídico, fuente de legitimación y medida de toda acción procesal, según se sabe, ha dicho esta Sala: "En los casos en que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de una acción, debe entenderse que ese interés venga a ser la consecuencia de un perjuicio sufrido o que haya de sufrir la persona que alega el interés; es más, con ese perjuicio que en presencia del Código Civil ha de ser no cualquier consecuencia sentimental o desfavorable que pueda derivarse de la ejecución de determinado acto, es preciso que se hieran directa, real y determinadamente, los derechos del que se diga lesionado, ya porque puedan quedar sus relaciones anuladas o porque sufran desmedro en su integridad; un daño eventual y remoto, que apenas pueda entreverse como consecuencia de las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituir 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., Tº XLIX, pág. 848).

"En acciones de esta naturaleza, tales principios sobre el interés para obrar en juicio se concretan en el calificativo de legítimo o jurídico, para significar, en síntesis, que al intentar la acción debe existir "un estado de hecho contrario al derecho". Pero la significación y alcance de este esencial presupuesto, consagrado en las normas generales de derecho, debe analizarse y deducirse para cada caso especial sobre las circunstancias y modalidades de la relación procesal de que se trate, porque es ésta un conflicto de intereses jurídicamente regulados y no pudiendo haber interés sin interesado, se impone la consideración personal del actor, su posición jurídica, para poder determinar, singularizándolo con respecto a él, el interés que legitime su acción" (G. J., Tomo LXII, pág. 435).

Por tanto, la sentencia acusada viola directamente la ley 28 de 1932, interpretada con autoridad (artículo 25 del C. C.) por la ley 68 de 1946, en el concepto de consagrar la plena capacidad administrativa y dispositiva de los cónyuges, limitada a los bienes adquiridos después de que aquélla entró en vigencia, entendiendo que la mujer, por obra de lo dispuesto en el artículo 1806 del Código Civil, que sigue rigiendo para los bienes sometidos al régimen de la antigua sociedad conyugal, carece de interés jurídico para demandar la nulidad de actos celebrados en desacuerdo con las normas de dicho régimen, por el marido. También viola la sentencia el artículo 2º de la ley 50 de 1936, que al consagrar la acción de nulidad en favor de "quien tenga interés en ella", la niega a la mujer (tanto como al marido) en el caso de actos jurídicos celebrados durante el régimen de la sociedad conyugal, modificado por la ley 28 de 1932.

Lo dicho da lugar a casar el fallo, y ya en instancia le corresponde a la Corte examinar si hay nulidad absoluta por objeto ilícito, que deba ser declarada de oficio la dación en pago verificada por el señor Soto al Royal Bank of Canada, con el bien hipotecado que para la fecha del contrato se encon-

traba embargado en la ejecución seguida por un tercero contra el mismo señor Soto, según lo prescrito en el artículo 2º de la ley 50 de 1936.

Tal precepto dice así:

"Ley 50 de 1936, artículo 2º La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello; puede asimismo pedirse su declaración por el Ministerio Público en el interés de la moral o de la ley. Cuando no es generada por objeto o causa ilícitos, puede sanearse por la ratifición de las partes y en todo caso por prescripción extraordinaria".

"El poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la ley 50 de 1936, para declarar de oficio la nulidad absoluta, ha dicho esta Sala, no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1º Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2º Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3º Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron". (Casación, Tomo 60, G. J. números 2032, 2033 de 5 de abril de 1946, pág. 358).

Es el primer requisito, el de que el vicio o defecto que origina la nulidad absoluta, debe aparecer de manifiesto del acto o contrato.

No habiendo sido definido por el legislador el vocablo "manifiesto", ni correspondiendo a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, que según el diccionario, es lo que está patente o visible (artículo 28 del C. C.), que salta a la vista con sólo leer el contrato; por consiguiente, se tiene que la nulidad aparece de manifiesto, cuando basta sólo leer el acto, sin relacionarlo con ninguna otra pieza o antecedentes del proceso, para que sea verificada.

Al emplear el artículo que se comenta (2º de la ley 50 de 1936), la palabra *manifiesto*, agregó todavía para reafirmar y reforzar su sentido, la frase determinativa y restrictiva "en el acto o contrato". No es dable, pues, poner en duda que el legislador ha querido, evidentemente, establecer que el vicio que provoque la declaración oficiosa de nulidad, deba hallarse presente, estar patente en el instrumento mismo del acto o contrato anulable, y no que ese vicio resulte de la relación que exista o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios del proceso.

El segundo requisito para que la nulidad absoluta pueda ser declarada oficiosamente, es el de que el acto o contrato nulo haya sido invocado en el litigio por alguno de los contratantes; es decir, que se haya exhibido en el proceso en apoyo de alguna de sus pretensiones. En sentencia de 26 de agosto de 1938, dijo esta Sala: "Una nulidad absoluta y de la clase a que se refieren los artículos 15 y 2º citados, es decir, *manifiesta*, en el sentido ya expresado, no puede declararse de oficio *sino cuando entre las partes contratantes se está litigando sobre la efectividad o el cumplimiento del contrato* y entonces como por un principio general de orden público, los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, el fallador niega esa vinculación por medio de la declaración oficiosa de nulidad". (GACETA JUDICIAL, Tomo 47, págs. 66 y 238). (La Corte subraya).

No sobra observar, en relación con este punto, que la nulidad absoluta sólo puede declararse cuando el acto o contrato viciado es invocado en juicio, lo que presupone que se está tratando de que produzca efectos jurídicos; es el interesado mismo quien lleva el acto o contrato a conocimiento de la justicia, y lo único que hace ésta, es ejercitar una facultad que le está expresamente reconocida por la ley.

El tercer requisito o condición va en guarda del principio general, que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad, no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron, o sus causahabientes.

En el caso de autos, no concurre sino la última circunstancia. En el proceso figuran como demandados por la señora Soto, su marido que dio en pago la finca; el Banco que la adquirió y los causahabientes de esta institución, pero no se llenaron las dos primeras condiciones; por ello no es procedente, en ejercicio de la facultad otorgada al Juez por el memorado artículo 2º de la ley 50, la declaración oficiosa de la nulidad absoluta del referido contrato.

Careciendo, pues, de interés jurídico la señora Lucía Vélez de Soto para demandar la nulidad propuesta, y no siendo el caso de declarar de oficio la del contrato de dación en pago al Royal Bank of

Canada realizada por su marido, por lo que ya se vio, no cabe otra solución en el presente proceso, que absolver a los demandados de todos los cargos propuestos.

SENTENCIA

Por las razones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha diez y nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, y en su lugar CONFIRMA la pronunciada por el Juez Primero del Circuito de Medellín, de fecha veintidós de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

Sin costas en las instancias, ni en el recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pablo Emilio Manotas. — Luis Enrique Cuervo Gualberto Rodríguez Peña. — Manuel José Vargas
El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

MIENTRAS NO SE HAYA LIQUIDADO LA SOCIEDAD CONYUGAL, NO PUEDE REIVINDICARSE PARA LA SUCESION DEL CONYUGE DIFUNTO UN BIEN DE AQUELLA SOCIEDAD

Cuando la sociedad conyugal se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, surgen automáticamente dos comunidades, que deben liquidarse. Sería inadecuado entrar en la liquidación de la una, antes que en la de la otra. Y si se optara por esto, habría que principiar por la liquidación de la sociedad conyugal, porque lo que en ésta ha de pertenecer a los herederos del cónyuge muerto, habría que llevarlo al haber de la sucesión. Mas, sin que haya regla legal al respecto, la jurisprudencia y la doctrina tienen aceptado que a un mismo tiempo pueden realizarse las dos liquidaciones, por una economía procesal y por un orden lógico en la distribución de los haberes. De aquí que la ley admita la simultaneidad de las dos liquidaciones, y disponga que en el momento de los inventarios se denuncien separadamente los bienes propios de la sociedad conyugal, diferenciándolos de los de la sucesión (artículo 939 del C. J.), y dé reglas sobre las deudas de la sociedad y sobre las deudas de la sucesión (artículo 941 del C. J.). En el caso contemplado, se trataría de una confusión de patrimonios, y de acuerdo con el artículo 1398 del C. Civil, es preciso, como cuestión previa, hacer separación de esos patrimonios. Y es porque, como lo ha dicho la Corte, "los bienes de las sociedades conyugales no se adquieren DE HECHO por los socios de ellas, o sea por la simple disolución de tales sociedades; ni los bienes de las sucesiones se adquieren DE HECHO, tampoco, por los herederos, o sea por la simple muerte de los que originan la sucesión. En uno y otro caso continúan perteneciendo los bienes a la sociedad conyugal o a la sucesión, según el caso, hasta que se cumpla la tradición, que no se opera sino en las adjudicaciones, en una sentencia y el registro de una y otra". (G. J. Tomo 38).

Por eso, como también lo dijo la Corte: "Los herederos del cónyuge difunto no pueden reivindicar para sí sino para la sociedad conyugal, los bienes raíces que adquirió el causante durante el matrimonio. Si no reivindican para la sociedad conyugal, la acción es improcedente, pues mientras no se haya liquidado y partido ésta, no puede decirse que tales bienes pertenecen al cónyuge sobreviviente y a los hijos del finado particularmente".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Antonio Franco, casado con Carlota González, padres ambos de Antonio Franco González y Joaquín Franco González, adquirió durante la sociedad conyugal un inmueble situado en Cartagena, el cual vendió después a Salomón Ganem, cuando ya la cónyuge González había muerto.

Pasados muchos años después de estos hechos, los citados Franco González, por medio de apoderado, presentaron demanda ordinaria contra el mencionado Salomón Ganem, en la cual se solicitan estas declaraciones:

a) Que los hermanos Franco González son hijos legítimos de Carlota González y a ellos se defirió la herencia de su madre desde el día de su muerte;

b) Que los hermanos Franco González son herederos legítimos de la señora González y representan la sucesión de ésta;

c) Que Antonio Franco adquirió en 1894 el inmueble de que se trata;

d) Que muerta la señora González se extinguió la sociedad conyugal y la mitad del haber de ésta quedó perteneciendo a la ilíquida sucesión de aquella señora, dentro del cual haber se halla el inmueble de que se trata;

e) Que cuando Antonio Franco vendió a Ganem el cuestionado inmueble era, en su mitad, relativamente al vendedor, un bien ajeno porque pertenecía a la extinguida sociedad conyugal;

f) Que Ganem está en posesión material de la mitad del bien en mención, y que debe restituírlo a la sucesión de la señora Carlota González de Franco;

g) Que la restitución debe hacerla Ganem con las

construcciones, frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad; y

h) Que Ganem debe pagar costas.

Se opuso Ganem después de negar los hechos de la demanda, que decidió el Juzgado Segundo Civil de Cartagena, por sentencia de trece de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, en la cual "se reconoce la excepción perentoria de falta de personería sustantiva del demandado señor Salomón Ganem para figurar como sujeto pasivo de la acción incoada".

Apelaron los actores de esta sentencia, y con un voto disidente el Tribunal de Cartagena dictó la suya de cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta, por la cual se revoca la de primera instancia y se resuelve:

"1º El señor Salomón Ganem carece de personería sustantiva para pronunciar frente a él las peticiones a) y b) del libelo.

"2º No se accede a los demás pronunciamientos de la demanda, por no haber demostrado el actor el derecho de dominio sobre la cuota del bien que reivindica.

"3º No hay condenación en costas".

Tampoco se conformaron los actores con este fallo del Tribunal Superior, y contra él interpusieron el recurso de casación, del cual se va a hacer estudio.

○

Sentencia recurrida

Conviene primeramente exponer los dos argumentos cardinales del fallo de segunda instancia, en relación con las decisiones tomadas en él.

A.—Dice el Tribunal que no se pueden hacer las declaraciones de las letras a) y b) habiendo sido demandado el señor Ganem, quien no tiene interés ninguno frente a la sucesión; y esto se resolvió precisamente en la parte resolutiva de la sentencia. Textualmente expresa la sentencia: "Pero solicitar la declaratoria de heredero de la sucesión frente a quien meramente se señale como poseedor del bien que se reivindica, situación en que está colocado el señor Salomón Ganem en este pleito, es cosa fuéra de razón, porque no disputándose, como no se disputa, el derecho a la herencia, el demandado carece de interés para oponerse a esa declaración. Hay, pues, a este respecto, un defecto de personería sustantiva en la parte demandada".

En la letra a), citada aquí, pidió el actor que se declare que los Franco González son hijos de Carlota González de Franco; y en la letra b) se solicita que se declare que los González Franco son herederos legítimos de su madre citada. Y agrega el Tribunal que con estas peticiones se relacionan los hechos 1º, 4º, 5º y 7º que versan: el 1º sobre el matrimonio de la señora nombrada con Antonio Franco; el 4º sobre el nacimiento de los demandantes Franco González; el 5º sobre la muerte de la señora González de Franco; y el 7º sobre que muerta la señora González "debió procederse a la liquidación de los haberes: el de la sociedad conyugal, para adjudicar la mitad a la herencia de doña Carlota y la otra mitad al cónyuge supérstite; y la de la sucesión de doña Carlota, para adjudicar a sus hijos los bienes relictos. Pero no se hizo así y los bienes permanecieron en estado de iliquidación".

B.—El segundo argumento del Tribunal versa sobre las peticiones c), d), e) y f) de la demanda, en las cuales se solicita: que el matrimonio Franco-González adquirió el bien en litigio (letra c); que muerta la señora González se extinguió la sociedad conyugal, y la mitad del haber de ésta quedó perteneciendo "a la ilíquida sucesión de la finada señora, dentro del cual está la mitad del bien a que se refiere el hecho segundo de la demanda", bien adquirido por escritura 113, de 8 de marzo de 1894. Notaría Unica de Cartagena, según se lee en aquel hecho (letra d); que cuando Antonio Franco vendió el bien de que se trata a Salomón Ganem por escritura 260 de 13 de abril de 1920, Notaría Segunda de Cartagena, la mitad de ese bien, con respecto al vendedor, era cosa ajena y tiene pleno derecho a la mitad la sucesión de la nombrada señora González" (letra e); que Ganem está en posesión material de la mitad del bien en cuestión, sin pertenecerle, y debe restituírla a su propietario, que es la sucesión (letra f).

Refiriéndose a estas peticiones dice el Tribunal que el poder con que se actúa en nombre del actor le fue conferido para instaurar la acción reivindicatoria, y que tal acción viene configurada en los hechos de la demanda y en las citas de derecho que en ella se hacen. Expresa que afirmando los actores que la sucesión, representada por ellos, es dueña de una cuota parte del bien a que se refiere el libelo, y que Ganem está en posesión de todo ese bien, la consecuencia de esas premisas ha debido ser la de pedir que Ganem fuera condenado a restituir a la sucesión la cuota de que se trata; pero que como en la demanda hay peticiones extrañas a la acción reivindicatoria, es preciso estudiar esa demanda para saber si se quiso ejercitar únicamente la acción mencionada, "o si el señor apoderado, traspasando el radio de su poder, dio motivo a una

nulidad si quiso ejercitar además la acción puramente declarativa de dominio".

Entra el Tribunal a interpretar la demanda, y dice:

"Si se tiene en cuenta que la finalidad de la parte actora en este proceso es la de conseguir la restitución de la cuota del bien que afirma pertenecerle, échase de ver que las peticiones c), d) y e) lo que en realidad entrañan es la súplica de la declaración de que dicha cuota pertenece a la sucesión de la señora Carlota, porque el demandante creyó que la condena del demandado a la restitución debía venir precedida de esa declaración. Y pensó también que, puesto que afirmaba que de la sociedad conyugal había pasado el dominio a la sucesión, debía declararse que aquélla adquirió la propiedad de la cosa y que luego la mitad de ésta pasó a la última. Es la única manera de hallarse a esas peticiones sentido armónico con la finalidad perseguida con la demanda. Lo que el Tribunal encuentra, pues, es el ejercicio de la acción reivindicatoria; sólo que el actor hace peticiones que únicamente se justifican como hechos conducentes de la demanda, aunque en verdad no alcanzan a viciar ésta de ineptitud sustantiva... Si realmente el abogado de la parte actora hubiera querido ejercitar la acción declarativa, eso, fuéra de estar más allá de la órbita de su poder, habría hecho inepta la demanda con ineptitud sustantiva, porque esa acción es meramente subsidiaria y no puede, por tanto, ejercerse simultáneamente con la reivindicatoria".

Definido por el Tribunal que la acción instaurada es la reivindicatoria, argumenta de la siguiente manera:

"El heredero puede hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos (artículo 1325 del C. C.). Naturalmente, debe tratarse de cosas cuyo dominio pertenezca a la sucesión. Por lo mismo no puede el heredero reivindicar para ésta una cuota de un bien que hacía parte de la sociedad conyugal, mientras no se haya verificado la partición del haber social y en ella se le haya adjudicado a dicha sucesión la cuota en referencia, pues es entonces y sólo entonces cuando aquélla se hace dueña de ésta.... En este pleito los actores afirman que la cuota del bien que reivindican pertenece a la sucesión de su madre, la señora Carlota González de Franco, porque siendo el bien de la sociedad conyugal formada entre ésta y el señor Antonio Franco, al morir la primera la mitad del bien pasó a ser de la sucesión de la misma, aún sin haberse liquidado la sociedad conyugal. Y así, al vender don Antonio Franco más tarde todo el inmueble al señor Salomón Ganem, vendió en la mitad cosa ajena. Pero de lo que acaba de decirse se desprende que ello no es así, pues para que la sucesión de doña Carlota se hubiera hecho dueña de la cuota de que se trata **habría sido** menester la liquidación de la sociedad conyugal y la adjudicación a la sucesión de dicha cuota. Mientras ello no se verifique, no podrá sostenerse que ésta pertenece a la sucesión ni, de consiguiente, que don Antonio Franco vendió cosa ajena. Falta, pues, el primer supuesto de la acción reivindicatoria, cual es el dominio de la cosa por parte del actor".

A esta argumentación se debió el que en la sentencia recurrida se diga que no se accede a los demás pronunciamientos solicitados en la demanda "por no haber demostrado el actor el derecho de dominio sobre la cuota del bien que reivindica".

Frente a estas razones y argumentos del Tribunal, entra la Sala a examinar los cargos del recurrente contra la senteneia a estudio, advirtiendo que éste invoca la causal primera de casación del artículo 520 del C. Judicial, "por ser la sentencia recurrida violatoria de ley sustantiva y haber incurrido en error de hecho evidente al dejar de apreciar algunas pruebas y en la apreciación de otras".

— I —

En relación con la falta de personería por parte del demandado, a que se refiere el primer argumento del Tribunal colocado frente a la letra A, dice el recurrente que la sentencia es violatoria del artículo 952 del C. Civil.

Exprésa: "Los hijos legítimos de doña Carlota González quieren hacer valer sus derechos de herederos para conseguir los bienes dejados por dicha señora que fueron vendidos por el señor Antonio Franco N. al señor Salomón Ganem. Luego los tales hijos legítimos tienen que dilucidar en el pleito y con audiencia de Ganem que son hijos legítimos, que a ellos se defirió la herencia de doña Carlota (primer pedimento) en determinada fecha; y que por ello tienen personería. Porque si sobre estas bases no hay *litis contestatio* con el señor Ganem, no podría llegarse a resolver que el contrato de Franco N. con Ganem se realizó sobre cosa ajena (pedimento e) y prosperar así la restitución pedida. Las peticiones a) y b) no tienen por objeto conseguir declaratoria de heredero, como lo afirma la sentencia, sino, como muy claramente lo dicen, determinar que a esas personas, que son herederos, se les defirió la herencia en determinado día y que,

por ello, representan a la sucesión. No puede el señor Ganem eludir que con audiencia de ellos y de él se hagan tales declaraciones, que son precisamente la base de las otras. Y no es exacto el Tribunal en la apreciación o afirmación de que Ganem carece de interés para oponerse a esas declaraciones. Si en realidad, los Franco González no fueran herederos de doña Carlota, no se les hubiera deferido a ellos y no fueran representantes de la sucesión ilíquida de la misma, claro que el señor Ganem habría estado presto a rechazarlos, a decirlo así ante los funcionarios jurisdiccionales. Ninguna disposición prohibe que se recurra al procedimiento adoptado en la demanda. La misma sentencia no lo dice. Apenas afirma 'que está fuéra de razón'. Ni se ve el peligro que ello entraña. Antes bien, conduce a la mayor franqueza en el debate, a definir más acertada y concienzudamente la cuestión. De consiguiente, si se ha señalado al señor Ganem como poseedor del bien que se reivindica, y la acción la ejerce la sucesión dueña del bien y ésta no puede estar representada sino por personas herederas, a quienes se les defiere una herencia, se viola principalmente el artículo 952 del Código Civil por infracción directa. Este artículo ordena que la acción reivindicatoria se dirija contra el actual poseedor, y quienes la han intentado se presentan con los elementos que les da personería para hacerlo y el Tribunal los rechaza y olvida la existencia de la disposición mencionada".

En el párrafo de la sentencia a que se refiere el cargo que se estudia, sostiene el Tribunal que no se hacen las declaraciones de que tratan los pedimentos a) y b) de la demanda, porque Ganem no tiene interés en ellos. El primero versa sobre que los actores son hijos legítimos de Carlota González, y el segundo pedimento versa sobre que tales actores son herederos de ésta. Si el recurrente estima lo contrario, es decir, que sí tienen interés, al alegar esto ha debido citar textos legales pertinentes, si los había. Pero no es pertinente el artículo 952 que se considera violado, porque éste dice que la acción reivindicatoria debe dirigirse contra el actual poseedor, lo cual no ha negado el Tribunal; lo que ha negado es que Ganem tenga interés en aquellas declaraciones, las cuales le son extrañas. Otra cosa hubiera sido si la sentencia le hubiese negado personería a Ganem en la acción reivindicatoria a que se contraen los pedimentos f) y g), los cuales dicen que Ganem está en posesión de la cosa y que debe restituírla a los actores.

No prospera este cargo.

— II —

Versa la segunda razón del Tribunal, letra B, sobre interpretación de la demanda, y expresa que se trata en ella de una acción de dominio, y que el actor no ha probado ser dueño de la parte del inmueble comprado por Ganem.

Refiriéndose a los argumentos del Tribunal, el recurrente dice textualmente que las tesis sostenidas en la sentencia son éstas:

1ª Para que el heredero reivindique para la sucesión, ésta debe ser dueña del bien materia de la acción.

2ª La parte actora no ha demostrado el derecho de dominio sobre la cuota del bien que reivindica.

3ª Si el bien pertenece a la sociedad conyugal, el heredero no puede reivindicar para la sucesión mientras no se verifique la partición del haber social y se le adjudique el bien a la sucesión.

4ª Mientras no se liquide la sociedad conyugal no puede sostenerse que Antonio Franco vendió cosa ajena.

En realidad, más o menos éstas son tesis de la sentencia, dentro del segundo argumento, y se va a ver cómo se refiere a ellas el recurrente, en tantos cargos como son las tesis.

Primer cargo:

Dice en esta parte el recurrente:

"En el pleito están acreditados plenamente los siguientes hechos:

a) Que Antonio Franco N. contrajo matrimonio católico en 1893 con Carlota González, según la partida matrimonial de origen eclesiástico;

b) Que en el matrimonio procrearon a mis mandantes Antonio y Joaquín Franco González, lo que se acredita con las respectivas partidas eclesiásticas de los bautismos;

c) Que en 1894, durante el matrimonio, el cónyuge Antonio Franco adquirió, a título oneroso, según escritura 113 del año expresado, un inmueble situado en Cartagena;

d) Que en octubre de 1897 falleció, intestada, doña Carlota de Franco, lo que se establece con la respectiva certificación eclesiástica de la defunción; y

e) Que conforme a la escritura número 260 de 1920, Antonio Franco N. "sin haberse liquidado la sucesión de su esposa ni la sociedad conyugal que con ella formó, transfirió el bien de que se trata a Salomón Ganem".

Y agrega el recurrente:

"El Tribunal dejó de apreciar todas estas pruebas, incurriendo por tal motivo en error de hecho evidente. De haberlas apreciado habría llegado a la conclusión de que la sucesión o más técnicamente hablando, los herederos de doña Carlota de Franco, son dueños de los bienes dejados por ésta, entre los cuales figura el que es materia del pleito. A consecuencia de tal error viola el fallo recurrido las siguientes normas de la ley civil por no haberlas aplicado al caso del pleito: el ya citado artículo 1013; el 1155, conforme al cual el heredero representa al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles; el 1849, que define el contrato de compraventa; el 740, a virtud del cual la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas; y el 765, en el que se estatuye que la venta es título traslaticio de dominio".

Según se ve, con los documentos relacionados que dejó de apreciar el Tribunal, según dice el recurrente, se puede establecer:

Que los demandantes son hijos del matrimonio Franco-González (letras a) y b). Lo cual no ha negado el Tribunal.

Que Franco adquirió el inmueble a que se refiere la demanda (letra c). Lo cual ha sido afirmado en la sentencia.

Que la señora González falleció (letra d). La sentencia ha considerado este hecho, afirmándolo.

Que "sin haberse liquidado la sucesión de su esposa, ni la sociedad conyugal que con ella se formó", Franco transfirió el inmueble por escritura 260 de 1920 (letra e). Así se acepta en la sentencia; y precisamente por no haberse liquidado ni la sucesión ni la sociedad conyugal, como lo afirma el mismo recurrente, fue por lo que el Tribunal decidió que los actores no han probado ser dueños del derecho de mitad del inmueble que han tratado de reivindicar.

El Tribunal, pues, no dejó de apreciar aquellas pruebas; las consideró y apreció debidamente, sin que se pueda estimar entonces, con fundamento, que en el fallo se incurrió en un error de hecho evidente. No hubo, por tanto, error, ni fueron violados como consecuencia los textos legales que cita el recurrente.

Segundo cargo:

Dice el recurrente que el Tribunal ha sostenido que "la parte actora no ha demostrado el derecho de dominio sobre el bien materia del pleito", y sin entrar en comentarios de ninguna clase, manifiesta que "esta segunda cuestión quedó dilucidada al hacer el estudio de la primera".

Pero es la verdad que esta materia no fue estudiada en el anterior punto, porque éste se refiere, como se leyó, a un error de hecho debido a la falta de apreciación de unas pruebas.

Pero en todo caso, lo relacionado con el derecho de dominio no demostrado por la parte actora, según lo sostiene el Tribunal, se tratará adelante en otro capítulo.

Tercer cargo:

Se refiere este cargo (tercera cuestión) a la tesis del Tribunal conforme a la cual el heredero no puede reivindicar para la sucesión un bien de la sociedad conyugal, mientras ésta no se liquide y se adjudique el bien a la sucesión.

Acerca de esto dice el recurrente:

"Creer, como lo cree el Tribunal, que es forzoso, en todo caso, liquidar la sociedad conyugal para que sea procedente el ejercicio de la acción reivindicatoria por el cónyuge o el heredero, es quebrantar la ley sustantiva.

En efecto: en parte alguna ha establecido el legislador colombiano la inusitada exigencia de que habla la sentencia acusada. Es pura invención suya, por demás desatentada y arbitraria. En cambio, sí es precepto legal expreso, desatendido por el fallo recurrido, el artículo 1836 del Código Civil, a virtud del cual "los herederos de cada cónyuge gozan de los mismos derechos y están sujetos a las mismas acciones que el cónyuge que representan".

Y es que si la acción tuviera que ejercitarse con posterioridad a la liquidación y adjudicación, sería un absurdo pensar que la demanda en ese entonces pudiera presentarse a nombre de la sociedad conyugal ilíquida o de la sucesión.

Negarle a mis mandantes, como se lo niega el Tribunal, el derecho que ejercitan, es violar directamente, por no haberle dado aplicación al caso del pleito, el artículo 1863 citado y, además, el 1325 del Código mencionado, que le concede al heredero acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no las hayan prescrito. Esta última norma no hace los distingos de que habla el Tribunal, esto es, no exige que al heredero se le haya adjudicado el bien en la sociedad conyugal como requisito indispensable para el ejercicio de la acción".

El Tribunal sostiene que no se puede reivindicar para la sucesión un bien de la sociedad conyugal mientras ésta no se liquide, y el recurrente mani-

fiesta que esto es una invención del Tribunal sin fundamento jurídico. El Tribunal ha dicho, siguiendo la doctrina de la Corte: "Disuelta la sociedad conyugal, mientras no se verifique la liquidación y partición del caudal social, ninguno de los cónyuges puede reivindicar para sí, a título de gananciales, un bien que fue de la sociedad, o cuota determinada de él; y por consiguiente, tampoco pueden ejercitar esta acción sus herederos o causahabientes. La acción previa procedente, cuando no se reivindica para la sociedad, es la de liquidación y partición, a fin de determinar lo que a cada uno de los partícipes corresponde".

Y esto que expresa el Tribunal es exacto.

Cuando la sociedad conyugal se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, surgen automáticamente dos comunidades, que deben liquidarse. Sería inadecuado entrar en la liquidación de la una, antes que de la otra. Y si se optara por esto, habría que principiar por la liquidación de la sociedad conyugal, porque lo que en ésta ha de pertenecer a los herederos del cónyuge muerto, habría que llevarlo al haber de la sucesión. Mas sin que haya regla legal al respecto, la jurisprudencia y la doctrina tienen aceptado que a un mismo tiempo pueden realizarse las dos liquidaciones, por una economía procesal y por un orden lógico en la distribución de los haberes. De aquí que la ley admita la simultaneidad de las dos liquidaciones, y disponga que en el momento de los inventarios se denuncien separadamente los bienes propios de la sociedad conyugal, diferenciándolos de los de la sucesión (artículo 939 del C. J.), y da reglas sobre las deudas de la sociedad y sobre las deudas de la sucesión (artículo 941, C. J.). En el caso contemplado, se trataría de una confusión de patrimonios, y de acuerdo con el artículo 1398 del C. Civil es preciso, como cuestión previa, hacer separación de esos patrimonios. Y es porque, como lo ha dicho la Corte, "los bienes de las sociedades conyugales no se adquieren *de hecho* por los socios de ellas, o sea por la simple disolución de tales sociedades; ni los bienes de las sucesiones se adquieren *de hecho*, tampoco, por los herederos, o sea por la simple muerte de los que originan la sucesión. En uno y otro caso continúan perteneciendo los bienes a la sociedad conyugal o a la sucesión, según el caso, hasta que se cumpla la tradición, que no se opera sino en las adjudicaciones, en una sentencia y el registro de una y otra". (G. J., XXXVIII).

Aplicando estos principios al caso contemplado, se pregunta: ¿Se liquidó la sociedad conyugal Franco-González? ¿Se siguió la sucesión de la señora González? Los mismos actores, en el hecho séptimo de la demanda, hablando de los haberes de la sociedad conyugal y de la sucesión, dicen que han debido liquidarse, y agregan: "Pero no se hizo así y los bienes permanecieron en estado de iliquidación".

Y si permanecieron en este estado, ¿cómo se sabe entonces si todo el bien que se reclama, previa consideración de cargas y de precios y deducciones legales, "compensaciones y deducciones" de que habla la ley, constituía el residuo partible por mitad de que trata el artículo 1830 del C. Civil? ¿Y cómo se sabe qué ha debido llevarse a la sucesión para ser inventariado allí?

Estudiando en su libro estas cuestiones el doctor Hernando Carrizosa Pardo, cita esta doctrina de la Corte: "Los herederos del cónyuge difunto no pueden reivindicar para sí, sino para la sociedad conyugal, los bienes raíces que adquirió el causante durante el matrimonio. Si no reivindican para la sociedad conyugal, la acción es improcedente, pues mientras no se haya liquidado y partido ésta, no puede decirse que tales bienes pertenecen al cónyuge sobreviviente y a los hijos del finado particularmente". (Las Sucesiones, pág. 100).

Si pues, la expuesta es la doctrina legal, no ha habido por parte del Tribunal ninguna violación de textos civiles, y no prospera, por tanto, el cargo.

Cuarto cargo o cuestión:

Conforme al planteamiento del recurrente, en este cargo debe estudiarse lo siguiente, que se le atribuye al Tribunal: "Mientras no se liquide la sociedad conyugal, no puede sostenerse que Antonio Franco vendió cosa ajena". Y agrega: "Envuelve este concepto del Tribunal la afirmación de que la sociedad conyugal disuelta no se hace dueña de los bienes que antes de su disolución hubiera adquirido, sino que el derecho a ellos está subordinado al acto de la liquidación y correspondiente adjudicación a los cónyuges o a sus representantes". A lo cual se expresa: no se ve claro que aquella afirmación del Tribunal corresponda a esta interpretación de la parte recurrente, interpretación por lo demás jurídica y que ya fue estudiada en el capítulo anterior.

Lo de que el padre de los actores hubiera vendido cosa ajena, y que el Tribunal hubiera negado tal cosa, es un concepto que no hay para qué estudiar, pues no incide en los resultados del pleito.

El recurrente, sosteniendo sus puntos de vista en este cargo, cita para afianzar su parecer una sentencia de casación, en que se dice: "Cuando el ma-

rido creyéndose dueño exclusivo de los bienes sociales, los vende con prescindencia de su mujer, ésta o sus herederos tienen la acción consiguiente para impetrar la restitución de lo vendido a la sociedad conyugal, a fin de que cuando ésta se liquide se dividan según las normas del Código Civil... La venta que hace el marido en esas condiciones no es nula, al tenor del artículo 1871 del Código Civil; lo que resulta es que no perjudica ni es oponible a la mujer o a sus herederos, quienes tienen la acción para pedir el reintegro de esos bienes para la sociedad conyugal".

Este fallo dice con razón que se debe buscar la restitución para la sociedad. No para la sucesión, como se ha pedido. Ha citado el recurrente precisamente una sentencia que desautoriza sus puntos de vista.

El cargo no puede prosperar.

Quinto cargo:

Bajo el cardinal III, enuncia la demanda de casación otro cargo, a saber: "Error de hecho en la interpretación de la demanda".

Como se vio atrás, el Tribunal interpretó el libelo en el sentido de que él se refiere a una acción de dominio, y el recurrente dice que "estuvo desacertado el Tribunal en la interpretación de la demanda", y agrega: "La recta inteligencia de ella deja ver al ojo más miope que la verdadera intención de la parte actora no es otra que la de obtener la restitución del bien a su dueño: la sucesión ilíquida de Carlota de Franco y la sociedad conyugal ilíquida Franco-González".

Aquí se dice que el propósito de los actores manifestado en la demanda no es otro "que el obtener la restitución del bien para su dueño: la sucesión ilíquida de Carlota de Franco y la sociedad conyugal ilíquida Franco-González". Pero la demanda dice otra cosa en su petición f), a saber: Que Ganem está en posesión del bien en mención y debe restituírlo *a la sucesión de Carlota González de Franco.* (Subraya la Sala).

La única aspiración de los actores en este juicio es la de que se les restituya el bien en litigio. Para ello presentaron una demanda difusa e imprecisa, que el Tribunal interpretó a la medida de los deseos de aquéllos. Acusan entonces la sentencia por haber estado desacertada esa interpretación, y descomedidamente califican tal interpretación generosa del Tribunal como "lucubraciones que no son sino divagaciones sin sentido, estrafalarias sutilezas, pero sutilezas que envuelven una verdadera denegación de justicia".

Esta actitud de los actores es una clara negación de ellos a lo mismo que le han pedido a los jueces.

Por lo demás, seis o más páginas dedica el recurrente al examen de este cargo, y tan sólo, como cuestión jurídica de casación, expresa: "a consecuencia del error de hecho anotado, el Tribunal infringe los artículos 946, 949, 1325, 1781, numeral 5º, 1830, 1836 y 1871 del C. C." Nada más. Y se puede preguntar: ¿Por qué concepto los violó? No se dice, mas no obstante, conviene hacer examen de estos artículos: el 946, el 949 y el 1325 se refieren a la reivindicación; y no los pudo aplicar el Tribunal porque para que la acción de dominio prospere, se necesita, entre otras cosas, que el reivindicante sea dueño, y no se ha establecido que lo sea, ni la sucesión para la cual se pide, ni los actores, por la razón de que la sociedad conyugal no se ha liquidado, y mientras esto no ocurra, no es posible saber qué corresponde a la sucesión, según ya se ha estudiado. El artículo 1781, numeral 5º expresa que hacen parte del haber de la sociedad conyugal los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso; el artículo 1830 versa sobre disolución y partición de la sociedad; el artículo 1836 expresa que los herederos de cada cónyuge gozan de los mismos derechos que corresponden al cónyuge que representan; y el artículo 1871 versa sobre la venta de cosa ajena; y la simple lectura de estos textos, que el Tribunal no ha desconocido —ni dejado de aplicar— deja ver que ellos son improcedentes en este capítulo de la demanda de casación qué versa, según su anuncio, sobre interpretación de la demanda.

Sexto cargo:

Una última queja contra la sentencia presenta el recurrente bajo esta titulación: "Nueva violación del artículo 946 del C. C." Dice que andan mal los conocimientos jurídicos del Tribunal al sostener que los actores no tienen la acción declarativa del dominio sobre el bien que se persigue, "porque esa acción es subsidiaria de la reivindicatoria, o era innecesaria".

Cosa muy distinta dijo el Tribunal. En el ánimo de interpretar la demanda en forma favorable a los actores expresó, examinando si la demanda versaba sobre una acción reivindicatoria o sobre una simple declarativa de dominio: "No hay, pues, acción declarativa de dominio propiamente tal, sino tan sólo

la acción reivindicatoria. Si realmente el abogado de la parte actora hubiera querido ejercitar la acción declarativa, eso, fuéra de estar más allá de la órbita de su poder, había hecho inepta la demanda, porque esa acción es meramente subsidiaria y no puede, por tanto, ejercerse simultáneamente con la reivindicatoria".

El recurrente se extiende en críticas sobre este punto de vista, pero sin enunciar un motivo de casación, que no puede resultar de esas críticas, porque si el Tribunal trató el punto para interpretar la demanda, y si esa interpretación ya fue objeto de un cargo, que quedó estudiado, no puede resultar otro cargo contra lo que sirvió de base para la interpretación. En otros términos: interpretando la demanda dijo el Tribunal que no se trataba en ella de una simple declaración de dominio, sino de una acción reivindicatoria; y si contra esa interpretación ya se formuló cargo, el cual quedó considerado y estudiado, es inoportuno presentar otra queja sobre la misma materia.

El Tribunal, como ya se vio, dicè en su sentencia que el actor tenía poder para instaurar la acción reivindicatoria, y esta acción está configurada en hechos de la demanda y en las citas de derecho; pero que sin dejar de instaurar tal acción, propuso otras, extrañas a aquélla, que obligan a una interpretación del libelo para definir si se trata sólo de la acción reivindicatoria, o si el apoderado, traspasando sus facultades y dando motivo a una nulidad, quiso ejercitar la acción puramente declarativa de dominio. Y dedujo el Tribunal que se trataba simplemente de la acción reivindicatoria, y no de una declarativa. Esto es lo que ha sostenido el Tribunal, sin que tenga importancia para los resultados del pleito la frase de que la acción declarativa no puede ejercitarse simultáneamente con la reivindicatoria. Lo que ocurre es que ante ésta, aquella otra, la declarativa, es inoficiosa. Por eso ha dicho la Corte, en sentencia que el mismo recurrente transcribe en parte: "Quien establece una acción reivindicatoria no está obligado a pedir que se le declare dueño de la cosa, sino que le basta probar que lo es; el carácter de propietario es más bien materia de un hecho que de una petición de la demanda".

Y como ninguno de los cargos prospera, 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 del Tribunal Superior de Cartagena de fecha cuatro de febrero de mil novecientos cincuenta.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. Hernando Lizarralde, Secretario.

PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE CASACION CON BASE EN LA CAUSAL PRIMERA, NO BASTA ALEGAR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS Y DEMOSTRAR EL ERROR EN QUE INCURRIO EL TRIBUNAL AL ESTIMAR EL ACERVO PROBATORIO, SINO QUE ES PRECISO DEMOSTRAR TAMBIEN QUE A CONSECUENCIA DE ESE ERROR SE VIOLARON UNA O VARIAS DISPOSICIONES LEGALES SUSTANTIVAS, QUE DEBEN CITARSE EXPRESAMENTE

Ha dicho la Corte: "La causal de casación establecida en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial es la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebrantamiento de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación.

"Una demanda de casación limitada a acusar por dicho error, aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esta limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral, sin traspasar las puertas de entrada al recurso mismo, las que con esa demostración apenas se han abierto".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veinte y tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Fidel Márquez propuso contra Carlos Pinzón juicio especial de deslinde para que se fijara la línea divisoria de sus predios situados en la ciudad de Manizales, en la "Avenida Santander" y el Juez del conocimiento, que lo fué el Primero Civil del Circuito de la expresada ciudad, acogió la que como tal determinaron los peritos que intervinieron en la respectiva diligencia.

El demandante Márquez no se conformó con la línea señalada y propuso el correspondiente juicio ordinario de oposición, el que tramitado debidamente fué decidido por el Juzgado en sentencia de ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, que declaró infundada la oposición y en firme el deslinde practicado y condenó en costas al actor.

Este apeló del fallo y el Tribunal Superior de Manizales, que conoció del recurso, lo confirmó en el suyo de veinte y dos de agosto de mil novecientos cincuenta y condenó al demandante en las costas de la segunda instancia.

A la parte vencida se le concedió recurso de casación, el que debidamente tramitado se procede hoy a decidir.

La demanda de casación que se ha presentado está extendida en veinte y tres páginas, y en ella, previo el resumen del pleito, manifiesta el recurrente que invoca contra el fallo la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Luégo hace una relación y examen detallados de los títulos de dominio de los predios afirma que el Tribunal incurrió en errores en la apreciación de aquéllos y de otras pruebas que señala y en contradicciones en los considerandos del fallo, los que va transcribiendo para formularle sus críticas, y finalmente solicita que, de acuerdo con el artículo 531 del Código Judicial, la Corte case la sentencia recurrida y en su lugar fije como línea divisoria de los dos predios la que como tal indica.

Sin embargo de que se invoca la primera causal de casación, es lo cierto que a través de todo lo largo de aquella pieza no se encuentra citada ninguna disposición legal como quebrantada por el sentenciador, por cuya razón el recurso incoado es notoriamente inepto y no puede prosperar.

En casos idénticos al actual la Corte ha dicho constantemente:

"La causal de casación establecida en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial es la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el que-

branto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación.

"Una demanda de casación —ha dicho la Corte— limitada a acusar por dicho error aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral sin traspasar las puertas de entrada al recurso mismo, las que con esa demostración apenas se han abierto.

"El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, 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 artículo 531 del Código Judicial; c) Incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia" (Casación, Tº XLVI, pág. 205 y sentencias de 11 de julio y 6 de septiembre de 1945; G. J. Nros. 2022 a 2024 y 2025 a 2027, págs. 343 y 876 respectivamente).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 22 de agosto de 1950, proferida en el presente negocio por el Tribunal Superior de Manizales.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

CAUSAL PRIMERA DE CASACION — ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

Cuando el Tribunal no desconoce el valor de plena prueba a un instrumento público, sino que afirma que de la escritura no se deduce determinado hecho, la acusación correspondiente no puede ser por error de derecho en la apreciación de la prueba, sino por error evidente de hecho, si es que el recurrente considera que del instrumento sí se desprenden los hechos que el Tribunal no encontró consignados en él.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veinte y tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

La Sociedad "Tejar de Santa Mónica S. A." domiciliada en Cali, propuso por medio de apoderado juicio ordinario contra Fernando Tobar V., para que se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que el señor Fernando Tobar V., debe de plazo vencido a la Sociedad nombrada, la cantidad de dinero que proporcionalmente le corresponda de acuerdo con su interés social o las acciones que poseía en la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A.", cuyo domicilio fué la ciudad de Cali, al tiempo de su liquidación, en el pago o cumplimiento de la obligación existente hoy a cargo de la Sociedad Urbanizadora últimamente nombrada de pagar a "Tejar de Santa Mónica" la suma de quinientos noventa y cuatro mil pesos ($ 594.000.00) m. c., a que ascendieron los perjuicios causados por la Sociedad Urbanizadora nombrada a la Compañía que representa el Dr. Orozco Micolta y a que fué condenada aquélla por sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha 18 de marzo de 1943, en el juicio ordinario promovido por Tejar de Santa Mónica contra la Sociedad Urbanizadora nombrada; parágrafo. Que si el monto de la cantidad de dinero que proporcionalmente le corresponda pagar al demandado, conforme a esta petición se acreditare dentro del juicio, entonces se condenará en concreto, y en el caso contrario, se hará la condenación en abstracto para que dicha cantidad se fije separadamente conforme a las normas legales.

"Segunda.—Que el demandado señor Fernando Tobar V., debe a la Sociedad Tejar de Santa Mónica S. A., los intereses legales de la cuota parte que a él corresponda en el cumplimiento de la obligación mencionada en el tiempo anterior, desde que tal obligación se hizo exigible hasta cuando el pago se verifique.

"Tercera.—Que se condene en las costas de este juicio al demandado, en caso de oposición;

"Cuarta.—Subsidiariamente, y para el caso de que la cuota parte que correspondió al demandado señor Fernando Tobar V., en la liquidación y en su calidad de socio de la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A." no alcanzare a cubrir la cantidad o cuota que proporcionalmente le corresponda en el pago de la obligación precitada a cargo de "Sociedad Urbanizadora S. A." y a favor de "Tejar de Santa Mónica S. A." el valor de la cuota parte o de los bienes que se le adjudicaron en la liquidación de la Compañía Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A., más los intereses legales de dicha suma desde la exigibilidad de la obligación hasta cuando el pago se verifique, más las costas del presente juicio. Parágrafo. Que si el valor a que se refiere esta petición subsidiaria se estableciere en una cantidad de dinero fija dentro del juicio, se condenará en concreto al pago de esa cantidad, y en caso contrario que se haga la condenación en abstracto para que dicha cantidad se fije separadamente conforme a las normas legales".

Como hechos fundamentales de la demanda se expusieron los siguientes:

"1º—Que la "Sociedad de Santa Mónica" por medio de su gerente señor Gonzalo Lourido, promovió demanda en juicio ordinario de mayor cuantía, según libelo 28 de junio de 1935 contra el Municipio de Cali, representado por su Personero, y contra la Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A., representada por su Gerente, para que se condenare a estas entidades a suspender unas obras y a pagar a la Sociedad demandante los perjuicios que se le ocasionaron con la ejecución de ellas;

"2º—Que en sentencia de fécha 18 de mayo de 1943, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— casó la sentencia proferida en se-

gunda instancia por el Tribunal Superior de Cali y condenó a la Sociedad "Urbanizadora Colombiana S. A.", a suspender las obras de urbanización con las cuales había ocasionado los perjuicios a la Sociedad demandante —Tejar de Santa Mónica— y a pagar a ésta todos los perjuicios y daños que se le habían causado por tales obras.

"3º—Se absolvió al Municipio de Cali de los cargos formulados en la demanda.

"4º—Que de acuerdo con el procedimiento señalado por la Corte en la providencia que puso fin al juicio el exponente en su condición de apoderado de la entidad demandante, presentó la liquidación y estimación de los perjuicios sufridos por Tejar de Santa Mónica S. A., que ascendieron a la suma de quinientos noventa y cuatro mil pesos ($ 594.000.00) m. c.

"5º—Que de la estimación de los perjuicios referidos, se corrió traslado a la parte demandada, sin que ésta la hubiese objetado, por lo cual fué aprobada.

"6º—Que la Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A. se constituyó por escritura pública Nº 280 de 24 de junio de 1932, otorgada ante el Notario 3º de Cali.

"7º—Que la Asamblea General de Accionistas de dicha sociedad urbanizadora, en reunión correspondiente al 2 de agosto de 1937 según el acta pertinente, decretó la disolución y liquidación de la Compañía, nombrando a la vez liquidador al doctor Enrique Holguín Garcés.

"8º—Que el liquidador nombrado procedió a la liquidación de la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A.", por medio de la Escritura Pública Nº 1825, de 30 de octubre de 1939, Notaría 2ª de Cali, conjuntamente con la liquidación de la Compañía "Urbanizaciones S. A.", del mismo domicilio constituída por Escritura Pública Nº 1937, Notaría 2ª de Cali, sociedad esta última de la cual fué nombrado liquidador el doctor Holguín Garcés y cuya liquidación se decretó por acta de 15 de junio de 1939.

"9º—Que la liquidación de las dos precitadas sociedades anónimas se hizo en especie, esto es, adjudicando a sus socios los predios o lotes de terreno que poseían tales sociedades sin determinación del valor en dinero de dichos bienes, ni tampoco **del número de acciones que cada socio poseía al tiempo de la liquidación, ni el valor de esas acciones**, según el activo líquido de la Sociedad a que pertenecieran las mismas.

"10º—Que por haberse practicado conjuntamente la liquidación de las compañías "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A." y "Urbanizaciones S. A." y no haberse expresado en el instrumento público el valor de cada adjudicación, y el número de acciones que cada socio poseía en tal momento, no es posible a primera vista la estimación o fijación en dinero que al demandado le correspondió como socio de "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A." por concepto de los bienes adjudicados a él al tiempo de la liquidación.

"11º—Que por las razones anotadas en el hecho anterior no es posible tampoco determinar ahora la cuota que al demandado señor Fernando Tobar V., corresponde pagar para el cumplimiento de la obligación a cargo de Sociedad Urbanizadora Colombiana y a favor de Tejar de Santa Mónica S. A., de acuerdo con la sentencia citada en el punto primero de la parte petitoria de esta demanda; que dicha cuota debe fijarse con audiencia del demandado.

"12º—Que a éste se le adjudicaron en pago de las acciones que poseía **en las dos sociedades liquidadas** o en Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A., los bienes que en este hecho se mencionan.

"13º—Que siendo el demandado señor Tobar V. socio de la tantas veces citada Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A., **al tiempo de su liquidación** y habiéndosele adjudicado el bien relacionado, **en su condición ya dicha** debe cubrir una parte proporcional a su interés social o acciones que tenía en esa Sociedad para el pago de la obligación que pesa sobre Sociedad Urbanizadora Colombiana y a favor de Tejar de Santa Mónica S. A.".

El demandado contestó negando unos hechos; aceptando otros; afirmando que la liquidación de las dos sociedades prenombradas se hizo conjuntamente en un solo instrumento, sin expresarse el valor de las adjudicaciones, ni la calidad de accionistas que con respecto de una u otra de las compañías liquidadas tuvieran los adjudicatarios; y negando que sea cierto que en la Escritura de liquidación se le hiciera a él adjudicación de bienes como accionista de la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A.". Finalmente, propuso varias excepciones.

Tramitado el juicio, el Juez 2º Civil del Circuito de Cali lo decidió en sentencia de 14 de septiembre de 1948, que condenó al demandado a pagar a la sociedad demandante la cantidad de dinero a que allí se alude, junto con sus intereses legales, sin costas.

A las partes se le concedió contra ese fallo recurso de apelación, el que fué resuelto por el Tri-

bunal Superior de Cali en sentencia de diez y siete de abril de mil novecientos cincuenta, por medio de la cual revocó la apelada y absolvió al demandado de los cargos que se le formularon, sin costas.

El Tribunal para proferir esa decisión se fundó en las siguientes consideraciones que se resumen: que el único elemento traído al proceso para establecer la calidad de accionista del demandado en la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A." y que en tal carácter se le adjudicaron bienes pertenecientes a la misma, es el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Cali, en que se dice que en los libros de esa oficina se registró el Acta de la Asamblea General de Accionistas de dicha sociedad verificada el 2 de agosto de 1937, en que se decretó la disolución y liquidación de ésta y en la cual estuvo presente Fernando Tobar y actuó en la misma con 122 acciones; que a ese certificado no le asigna la ley valor probatorio alguno, en orden a demostrar la calidad de socio de Tobar ni el número de acciones que poseía; que estos hechos no se consignaron en la Escritura Pública de disolución y liquidación de la sociedad, la que no hace fe sino sobre lo que en ella consta; que además de la circunstancia de que una persona figure como accionista de una sociedad cuando se decreta su disolución no se desprende que lo sea al momento de la liquidación practicada dos años después; que como en la Escritura de liquidación se liquidaron dos sociedades, la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A." y la "Urbanizadora S. A." no existe certidumbre sobre si la adjudicación que allí se hizo al demandado lo fué en calidad de socio de una u otra sociedad; que esa duda debe resolverse en favor del demandado; que, por último, como el incidente de la regulación de los perjuicios que en este juicio se tratan de hacer efectivos, se propuso cuatro años largos después de consumada la liquidación de la Sociedad, y en esa actuación no intervino el último representante legal de ésta, que lo fué el doctor Enrique Holguín Garcés, ni el actual demandado, resulta que éste no está obligado a responder de la obligación que se le exige, en la forma y cuantía como se pretende hacerla efectiva, según la demanda, por lo cual se encontrarían acreditadas en autos las excepciones perentorias de "petición de modo indebido y antes de tiempo".

Al actor se le concedió recurso de casación, el que hoy se procede a decidir.

El recurrente invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y en las acusaciones que propone dice, en resumen:

Que al afirmar el Tribunal que en autos no está "probado que el demandado hubiese tenido el carácter de accionista de "Urbanizadora Colombiana S. A." al tiempo de su liquidación", "incurrió en grave error de derecho" y "violó los artículos 465 y 468 del Código de Comercio", por las siguientes razones:

Porque conforme a esas disposiciones la disolución de una sociedad antes de vencido el término estipulado y la liquidación, se demuestran por medio de escritura pública, y ésta es la única prueba de tales actos y contra su tenor no se admite demostración de ninguna especie; porque al presentársele al Tribunal la Escritura de liquidación como prueba de que Fernando Tobar era accionista de "Urbanizadora Colombiana S. A." en donde expresa "el liquidador que aquél era accionista de esa sociedad al tiempo de su liquidación", el Tribunal debió acatar ese hecho como plenamente demostrado, el cual no podía desconocer aunque la liquidación de las dos compañías hubiera sido conjunta y no se hubiese expresado cuántas acciones y por qué valor tenía el demandado en una y en otra empresa.

En seguida añade que el Tribunal violó "el artículo 1759 del C. C. al rechazar el crédito que estaba obligado a darle a la escritura de liquidación de "Urbanizadora Colombiana S. A." ya que, como lo deduce de la cita y transcripción que hace de los artículos 1765 ibidem y 537, 541 y 543 del Código de Comercio, "no puede negarse entonces que los socios o accionistas de una sociedad que se liquida son declarantes del instrumento público de liquidación y a ellos se transfieren las obligaciones y descargos sociales a título universal".

Finalmente dice que "el Tribunal violó el artículo 593 del C. J.", al no acomodar el fallo a dicho precepto, pues el Acta de la Asamblea General de Accionistas, la escritura de liquidación y el certificado del Registrador de Cali a que alude demuestran plenamente que Tobar era accionista de "Urbanizadora Colombiana S. A." y que por tal concepto recibió bienes de dicha sociedad en adjudicación.

Se considera:

Las argumentaciones del recurrente las endereza todas a destacar el error de derecho en que afirma incurrió el Tribunal al desconocerles a las pruebas que se citan el pleno mérito probatorio que le asignan las disposiciones que se señalan como violadas, en orden a establecer la calidad de accionista del demandado en la firma "Urbani-

zadora Colombiana S. A.", y aun cuando ese error estuviese demostrado, él no daría lugar a la casación del fallo, porque el recurrente olvidó citar como quebrantadas a consecuencia del error las disposiciones sustantivas relacionadas con el derecho mismo deducido en el pleito, tales como las que gobiernan y determinan la responsabilidad de los accionistas en el pago de deudas insolutas de una sociedad disuelta y liquidada de que fueron socios al momento de su liquidación.

Pero en puridad de verdad al sentenciador no se le puede hacer razonablemente el cargo de que haya incurrido en error de derecho en la apreciación de la Escritura Pública a que alude el recurrente, porque no ha negado que ese instrumento tenga el pleno valor probatorio que le asigna la ley, pues por el contrario, ha afirmado que sí lo tiene. Lo que al respecto ha sostenido es una cosa muy distinta, como es la de que en él no se consigno el hecho de que el demandado fuera accionista de la "Sociedad Urbanizadora Colombiana S. A." ni que tuviera en ésta determinado número de acciones, pues expresamente dice en el fallo que "estos datos no se llevaron a la Escritura expresada para darles la autenticidad requerida y el valor legal probatorio correspondiente" y que como además por medio de ella se liquidaron conjuntamente dos sociedades, no era posible determinar con exactitud si las adjudicaciones que se hicieron al demandado, lo fueron en calidad de accionista de una o de otra sociedad y que en tales circunstancias, la duda debía resolverse en su favor de acuerdo con los principios legales y jurisprudenciales dominantes al respecto. Entonces, si el recurrente estima que de ese instrumento sí se desprenden los hechos que el Tribunal no encontró consignados en él, lo procedente era alegar y demostrar error de hecho manifiesto en su apreciación, y no error de derecho, que es el que ha invocado el recurrente.

En casos de acusaciones como la actual ha advertido y reiterado siempre la Corte:

"La causal de casación establecida en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial es la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebranto de la ley sustantiva el motivo de casación consagrada en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas no es por sí causal de casación.

"Una demanda de casación —ha dicho la Corte— limitada a acusar por dicho error aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esa limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que demostrándolo, no pasa adelante, se queda por decirlo así en el umbral sin traspasar las puertas de entrada al recurso mismo, que con esa demostración apenas se han abierto.

"El recurso, cuando el punto de partida es el referido error, 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 artículo 531 del Código Judicial; c) incidencia del cargo sobre la parte resolutiva de la sentencia" (Casación. Tº XLVI, pág. 205, y sentencias de 11 de julio y 6 de septiembre de 1945, G. J. Nros. 2022 a 2024 y 2025 a 2027, págs. 343 y 876, respectivamente).

Además, el artículo 593 del Código Judicial, que también se cita como violado, no es disposición sustantiva, pues apenas contiene una fórmula general de doctrina jurídica y su quebranto, de haber ocurrido, tampoco dá lugar a la casación del fallo acusado.

Por último, en éste, como ya se vió al resumir sus considerandos, se invoca como argumento adicional para la absolución del demandado la circunstancia de encontrarse en autos configurada la excepción perentoria "de petición de modo indebido y antes de tiempo". El recurrente en sus acusaciones no alude siquiera a esta razón del Tribunal, que de suyo es suficiente sostén de la sentencia, en el evento de que los cargos que se formularon fueran procedentes, por lo cual en ningún caso habría lugar a invalidarla.

A este respecto, ha dicho la Corte en constante jurisprudencia:

"Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones civiles, la Corte no tiene necesidad de entrar en el estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de ella una apreciación que no ha sido atacada en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y esa apreciación es más que suficiente para sustentar el fallo acusado" (Casación, 23 de mayo de 1918; 7 de marzo y 5 de junio de 1951 y 22 de abril de 1952, Tomos XXVI, pág. 250, LXIX,

págs. 332 y 683, y LXXI, pág. 741, respectivamente).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de diez y siete (17) de abril de mi novecientos cincuenta (1950), proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Cali.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

PARA QUE LAS EXPENSAS QUE DEMANDEN LOS ACTOS DEL ALBACEA, COMO SUELDOS Y ESTIPENDIOS, SEAN IMPUTABLES A LA SUCESION, ES PRECISO QUE LOS SERVICIOS DE TERCEROS CONTRATADOS POR AQUEL SEAN NECESARIOS O QUE HAYA DESIGNADO APODERADOS JUDICIALES PARA INTERVENCIONES UTILES O QUE SE JUSTIFIQUEN DE ACUERDO CON LA LEY. CAUSAL 1ª DE CASACION ERRONEA APRECIACION DE LAS PRUEAS

1.—El albaceazgo es un cargo de confianza, que el testador confiere en consideración a las condiciones personales del designado. Por eso es intranmisible a los herederos e indelegable, a menos que la delegación haya sido autorizada° expresamente. Las funciones del albacea son de derecho estricto, en cuanto el límite de sus poderes está señalado por la ley, en forma tan severa que ni el mismo testador puede ampliarlo, ni recortar sus obligaciones.

La misión esencial del albacea es ejecutar, en cuanto le incumbe, y hacer cumplir las ordenaciones del testamento, y para ello, lo mismo que para defender su validez, puede parecer en juicio con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente. De esa misión primordial se desprenden sus deberes y facultades, que están determinados con precisión en el título 8º del libro 3º del Código Civil, y cuyo ejercicio, por sí solo, está indicando que el albacea tiene autorización para representar judicialmente en todo lo que concierna al cumplimiento de tales atribuciones, con mayor razón si el testador le ha dado tenencia de bienes, pues en este caso vienen a sumarse a aquellas funciones generales las facultades y obligaciones que el código atribuye al curador de la herencia yacente, que implican actos administrativos de custodia y conservación y el poder de cobrar los créditos y satisfacer las deudas de la herencia.

Y como es natural que para el desempeño de sus funciones disponga el albacea de los medios conducentes, llégase lógicamente a la facultad de constituir mandatarios que obren a sus órdenes, lo cual no significa delegación del cargo, desde luego que aquél responde de los actos de sus apoderados. (Artículo 1377 C. C.).

En muchos casos habrá menester valerse de mayordomos, contadores, empleados, y desde luego de abogados que gestionen a su nombre, cuando deba litigar en ejercicio de las atribuciones de su cargo. No se le podría exigir que supiera de todo, ni tampoco que por sí solo atendiera a las múltiples, diversas y complicadas actividades que puede implicar el buen desempeño de su delicada misión. La personal responsabilidad que la ley le impone es la garantía de los herederos, en la medida de lo que sea propio y necesario para el cumplimiento de su labor. En esto estriba la clave de la legitimidad de todos sus actos y, por tanto, de que las expensas que ellos demanden sean imputables a la sucesión. Si innecesariamente recurre a contratar servicios de terceros, si designa apoderados judiciales para intervenciones inútiles o que no se justifiquen de acuerdo con la ley, no podría sostenerse que afectan a la herencia los salarios, sueldos y estipendios que estipule, ni los otros gastos que se causen.

Como el albacea, si no es abogado inscrito, no puede litigar como tal (artículo 1º de la Ley 69 de 1945), y como aunque lo sea, no puede hacerlo sino en los casos en que la ley lo autoriza y siempre con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia (a menos, como es obvio, que haya de actuar contra éstos), esta limitación está indicando que no goza de plena libertad para constituir apoderados judiciales, y que si los constituye para efectos extraños a sus funciones, la herencia no tendrá por qué afectarse con los honorarios que estipule o que ellos cobren, ni con los demás gastos que ocasione la gestión. De donde se infiere rectamente que, a menos de mediar una autorización expresa de los herederos, el albacea deberá, cuando rinda sus cuentas, justificar la necesidad de su intervención judicial y la equidad del honorario pagado a sus apoderados. Sería peligroso ad-

mitir, aún en los casos en que el ejecutor testamentario tiene derecho de recurrir a vías judiciales, que pueda estipular libremente el honorario de los abogados de quienes se valga para ello, y que esa libre estipulación sea, sin más prueba, obligatoria para los herederos que no lo han autorizado.

2.—Tratándose de albacea, su remuneración, cuando el testador no la ha señalado, o cuando no ha sido convenida con los herederos, se regula por el juez "tomando en consideración el caudal, y lo más o menos laborioso del cargo", regla ésta muy amplia, que deja ancho margen al criterio del juzgador, y en que predominan, más que las dotes subejtivas del ejecutor testamentario, los elementos objetivos de la labor realizada. No es el caso entonces de abrir articulación, a la cual no puede recurrirse sino cuando la ley dispone que un incidente se sustancie en esa forma (artículo 395 C. J.).

3.—Según la jurisprudencia de la Corte, en el caso del segundo inciso del primer ordinal del artículo 520 del C. J., es indispensable que se individualicen las pruebas que fueron erróneamente apreciadas o cuya apreciación se omitió, desde luego que el recurrente debe demostrar concretamente el error que a ese respecto imputa al Tribunal. No es, pues, admisible la que podría llamarse determinación abstracta, general o global de las pruebas mal apreciadas, pues por este camino se llegaría hasta el extremo de considerar aceptable que la prueba se determine con referencia a las producidas en el proceso o en alguna de sus instancias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

El señor Cayetano Morelli, albacea del señor Eugenio Rueda, rindió espontáneamente las cuentas de su cargo ante el Juez 2º Civil del Circuito de Cúcuta, en escrito de 24 de julio de 1947, del cual se dio traslado a los interesados, señores doctor Víctor Ortega Rueda, Pedro Moisés Villamizar, Rosa Dolores Vásquez de Villamizar y Rosalía Mantilla de Vásquez, quienes las objetaron.

Como el señor Morelli rechazó las objeciones, el Juzgado abrió a prueba el juicio y dispuso que éste contiuara por la vía ordinaria.

Terminó la primera instancia con la sentencia de 22 de julio de 1948, en que se dedujo un saldo de $ 21.800.87 a cargo del albacea.

Por apelación concedida a los apoderados del albacea y de Víctor Ortega Rueda y Rosalía Mantilla de Vásquez, dicha sentencia fue confirmada por la del Tribunal Superior de Pamplona de 14 de marzo de 1949, contra la cual otorgóse el recurso de casación al señor Morelli, que la Corte procede a decidir, agotada como está su legal sustanciación.

Las partidas objetadas que están en juego en la casación son las siguientes:

1ª La de $ 38.713.56, valor en que el albacea estimó su remuneración.

2ª Las de $ 5.000.00 y 1.000.00, valor de los honorarios de los abogados doctores Luis Hernández Gutiérrez y Guillermo García, respectivamente.

3ª Las de $ 600.00 y $ 240.00 pagados a los contadores Gabriel Rincón y Daniel Gandica, en su orden.

4ª Gastos varios, por concepto de portes de correo, copias, telegramas, etc.

Veamos lo que dijo el Tribunal respecto de tales partidas:

Remuneración del albacea. Reconoce la sentencia que no se ha demostrado dolo del albacea en el desempeño de su cargo y que, por tanto, tiene él derecho a que se le reconozca y pague la remuneración correspondiente, al tenor del artículo 1359 del C. C.

Dice en seguida que el Juzgado encontró con fundamentación juiciosa y legal la regulación que del honorario del albacea hizo el Juez que conoció del juicio de sucesión, quien la fijó en $ 9.135.15, distribuídos así:

"Por concepto del dinero efectivo recibido por el albacea o sean $ 81.648.54 se le reconoce el 1% 816.48

"Sobre el producto bruto de las fincas Sta. Bárbara y La Vale, calculado en $ 8.515.66, se le reconoce el 8%..... 681.25

"Sobre semovientes, calculado su valor según inventario, reconocimiento del 1 % sobre $ 43.742.00 ..... 437.42

"Valor de honorarios, fijados con apoyo en el artículo 1359 del C. C. y el inciso 2º

de la letra f), numeral 4º, artículo 566 del C. J., a razón de $ 600.00 mensuales durante un año 7.200.00

"Suma.....$ 9.135.15"

El Tribunal "encuentra ajustada tal remuneración, consideración hecha del caudal inventariado, el tiempo del ejercicio del cargo y el trabajo demostrado por éste", y agrega: "Se ha argüído que la primera de estas circunstancias no respondió a la realidad, ya que el avalúo hecho en los inventarios de la sucesión, fue muy inferior al valor comercial de los bienes. Aún aceptada por cierta esta observación, que no aparece demostrada en el proceso, también es lo cierto que el desempeño del cargo en cuestión no aparece que hubiera sido lo excepcionalmente arduo que se pretende, o por lo menos no arroja el proceso dato al respecto. Por el contrario, sí se han hecho reparos que tal labor fue descuidada y que en ella se procedió sin la diligencia y cuidado que eran de esperarse en el desempeño de tal cometido".

Honorarios de los abogados y de los contadores.-

A este respecto el Tribunal sienta como principio elemental "que la sucesión corra con los gastos hechos en su liquidación y en provecho de los herederos", pero encuentra "por los datos que arroja el proceso, que el doctor Hernández Gutiérrez obró gestionando a nombre del albacea, prestando sus servicios a éste y no a la entidad sucesoral; a nombre de aquél aparece interviniendo en el proceso".

Y, ampliando esa razón, dice el sentenciador: "Cierto es que de conformidad con el artículo 132 (sic) del C. C., corresponde al albacea hacer ejecutar las disposiciones del testador; y que debe hacer lo necesario para defender la validez del testamento, y todo aquello que sea menestr para llevar a efecto las disposiciones testamentarias, que le incumben, pero también es cierto que aquí no se ha demostrado que la intervención del abogado personero del albacea hubiese sido por razón de ninguna de las causas que el artículo 1552 del C. C. autoriza al albacea para comparecer en juicio en su calidad de tal. Muy por el contrario, como atrás se dijo, la intervención del doctor Hernández Gutiérrez, se hizo en beneficio, no de la sucesión, sino de su mandante Morelli, intervención de la que la sucesión ni los herederos en ella ningún provecho reportaron. Por manera que no apareciendo que la partida en cuestión corresponda a expensas en favor de la sucesión, y por ello legítimas y sufragables por ésta, no es dicha entidad la que debe cargar con ellas, sino el propio albacea a quien el doctor Hernández Guitérrez prestó sus ponderables servicios profesionales".

El mismo razonamiento aplica el Tribunal al honorario del doctor García, cuya actividad judicial "se desarrolló para el albacea y no para la sucesión, limitándose a sostener los recursos que el doctor Hernández Gutiérrez interpuso buscando favorecer los intereses del albacea. De manera que la partida que aparece por honorarios al doctor García, corresponde a servicios profesionales en favor de Morelli, no de la mortuoria, debe considerarse como un gasto del albacea, que no debe gravar ni a la sucesión ni a los herederos. De consiguiente hizo bien el señor Juez *a quo* al rechazarla".

En cuanto a los contadores, el Tribunal observa que "lo pagado a éstos se hizo por concepto de actividades que están dentro del ámbito de las obligaciones propias del albacea", y que "de conformidad con los artículos 1353, 575 y 504 del C. C. el albacea debe llevar cuenta de su administración, y por ello, siendo tal obligación una de las actividades que la ley le asigna al albacea y cuyo desempeño como el de las demás que le son propias, lo hacen acreedor a remuneración, en forma alguna es admisible que el hecho de que él se hubiese valido de otras personas para que llevasen a cabo lo tocante a su cumplimiento, sea razón válida para que la sucesión responda por la remuneración correspondiente a tales personas".

Y anota también la sentencia que del libro de ingresos y egresos y de sus comprobantes resulta que el albacea "no necesitaba ni con mucho para llevarlo en la forma que se llevó, un especialista en la materia ni menos para su apertura para lo cual se contaron con los datos precisos llevados oportunamente a la mortuoria. Todo se redujo entonces a anotación de entradas y salidas que no requieren mucho tiempo ni labor".

Finalmente, los gastos varios que figuran en la "Cuenta adicional" fueron causados, según la sentencia, por la actuación del doctor García, quien prestó sus servicios de abogado en favor personal del albacea, no de la sucesión, por lo cual deben ser de cargo del señor Morelli.

El recurso. — Cuatro cargos formula el recurrente contra la sentencia, fundados el primero, el tercero y el último en violación directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley sustantiva, según el planteamiento que se verá en seguida:

Primer cargo.—"Señalo —dice— como aplicados indebidamente e interpretados erróneamente, el artículo 568 del Código Judicial, que fue además violado en su último inciso y por esa aplicación indebida e interpretación errónea el fallador de Cúcuta (sic) interpretó y aplicó erróneamente los artículos 1539 (sic) inciso segundo y 1367 del Código Civil". Y más adelante habla de aplicación indebida de los artículos 566 y 567 del C. J., "lo que llevó al juzgador a la indebida aplicación de los artículos 1359 y 1367 del Código Civil".

Tercer cargo.—Aquí se indican como infringidas las dos citadas normas del C. C.: la primera, por aplicación indebida e interpretación errónea, y la segunda por no haber sido aplicada.

Cuarto cargo.—En éste se dice: "Acuso la sentencia por la expresada causal primera del artículo 520 del C. J. por no haber aplicado el Juez debidamente el artículo 1539 (sic) del Código Judicial (sic) en su inciso segundo, por no haber aplicado el artículo 1327 de la misma obra y por haber aplicado indebidamente el artículo 566 del C. J., con lo cual violó las normas sustantivas que acabo de expresar y ese artículo 566 lo aplicó indebidamente en el numeral tercero, en las letras b), c), d), y f)".

(Se comprende, por el contexto, que el recurrente quiso referirse al artículo 1359 del C. C., ya que el 1539, que carece de inciso 2º, ninguna relación tiene con los argumentos de la acusación).

Los razonamientos del recurrente para fundamentar los tres cargos referidos pueden compendiarse así:

En la fijación de honorarios los jueces no proceden *ad libitum* sino sujetándose a ciertos factores probatorios esenciales e imprescindibles, y no puede equipararse la fijación que se hace por el arancel, que tampoco es rígido (artículos 564 a 567 del C. J.), con la de honorarios profesionales o de albaceas, pues en ésta se tienen en consideración no sólo los elementos extrínsecos del trabajo sino también los subjetivos, como son los conocimientos, preparación, ciencia de quien presta el servicio como profesional. El sentenciador erró al aplicar disposiciones del arancel judicial a la regulación del honorario del albacea. Aplicó indebidamente al caso los artículos 566 y 567 del Código Judicial, y consecuencialmente, los artículos 1359 y 1367 del Civil, pues si es cierto que al Juez le toca regular la remuneración del albacea, cuando el testador no lo ha señalado, debe hacerlo tomando en consideración el caudal y lo más o menos laborioso del cargo, y para ello ha de regirse por elementos probatorios que ilustren su criterio.

"Por eso en materia de honorarios se aplica hoy como norma general el principio contenido en el artículo 568 del Código Judicial que enseña que cuando los honorarios deben estimarse en una suma mayor de doscientos pesos ($ 200.00), la cuantía de ellos se regula mediante una articulación", requisito del cual se prescindió en el caso presente, con lo cual "el juzgador careció al fijar los honorarios de ese elemento indispensable o sea de las probanzas aducidas de la articulación".

Además, el sentenciador, para fijar al albacea su remuneración, "se atuvo no a las pruebas aducidas en este juicio por el señor Morelli sino al criterio de otro juez, el que conoció de la sucesión del señor Rueda".

El fallador quebrantó la norma que para regular la remuneración da el artículo 1359 del C. C., "pues al fijar los honorarios del albacea estimó que éste era un mero depositario y aplicó las normas del artículo 566 del Código Judicial especialmente en las letras a), b), c), d) y e) no siendo del caso su aplicación porque el criterio para fijar los honorarios del albacea no es el del arancel judicial sino la cuantía del caudal hereditario que en este caso llega casi a cuatrocientos mil pesos ($ 400.000.00) y lo más o menos laborioso del cargo".

El albacea cobró el diez por ciento del caudal hereditario, que es lo usual; y su labor fue intensa y ardua, pues hasta tuvo que defenderse de la acusación penal de abuso de confianza, por denuncia de uno de los herederos y dictóse contra él auto de detención, que lo obligó a constituir apoderado, quien obtuvo, después de dura y penosa actuación, la revocatoria por el Tribunal de Pamplona de esa insólita providencia.

Agrega el recurrente, en el tercer cargo, que "el fallador confundió los honorarios del partidor a que se refiere el artículo 1359 del C. C. con las expensas hechas por el partidor a que se refiere el artículo 1367 de la misma obra", pues el albacea pagó los honorarios de los contadores Rincón y Gandica "para que llevaran las cuentas del movimiento de los caudales de la sucesión", en provecho directo no del albacea sino de los herederos, "de manera que no puede sostenerse, como lo sostiene el fallador que esos gastos aprovechaban solamente al albacea y por lo tanto él solo debía hacerlos y a él solo se le pueden cargar.

"Al fijarle —continúa— los honorarios o remuneración al albacea el fallador de Pamplona y al

no reconocerle los gastos a que me vengo refiriendo, tendría el albacea que descontar de su remuneración esos gastos con lo cual se confundiría el concepto de remuneración u honorarios con el concepto de expensas o sea se aplicaría o interpretaría erróneamente el artículo 1359 y no se aplicaría el artículo 1367 del C. C. y así quedarían violadas ambas normas legales".

Las mismas observaciones hace el recurrente respecto de los pagos a los abogados Hernández Gutiérrez y García, quienes —según él— intervinieron en el juicio de sucesión del señor Rueda "en beneficio de ésta, en provecho de los herederos, como consta de las pruebas presentadas en primera instancia por el albacea señor Morelli", y al no aceptar el fallador esos pagos confundió de nuevo el concepto de expensas con el de remuneración infringiendo, del modo dicho, los citados preceptos sustantivos.

Por último, en el cuarto cargo sostiene el recurrente que el Tribunal confundió la categoría y la misión del albacea con las de los depositarios y secuestres, y se detiene a puntualizar las diferencias que las separan, para concluir que, por eso, "el arancel para un depositario no podía aplicarse a un albacea", y "ésa es la razón porque el artículo 566 del C. J. no se refiere a los albaceas y ésa es la razón por la cual subsiste no obstante ese arancel la disposición del inciso segundo del artículo 1359 del C. C. que hace al Juzgador independiente del arancel a que se refiere el artículo 566, el cual, como es claro no modificó en nada el artículo 1359".

Se considera:

Cree la Sala haber resumido con fidelidad todos los razonamientos del recurrente, y va a referirse, en conjunto, a los tres cargos que quedan indicados, los cuales tienen unidad de acusación, al menos en sus líneas sustanciales.

El albaceazgo es un cargo de confianza, que el testador confiere en consideración a las condiciones personales del designado. Por eso es intransmisible a los herederos e indelegable, a menos que la delegación haya sido autorizada expresamente. Las funciones del albacea son de derecho estricto, en cuanto el límite de esos poderes está señalado por la ley, en forma tan severa que ni el mismo testador puede ampliarlo, ni recortar sus obligaciones.

La misión esencial del albacea es ejecutar, en cuanto le incumba, y hacer cumplir las ordenaciones del testamento, y para ello, lo mismo que para defender su validez, puede como tal parecer en juicio con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente. De esa misión primordial se desprenden sus deberes y facultades, que están determinados con precisión en el título 8º —del libro 3º— del Código Civil, y cuyo ejercicio, por sí solo, está indicando que el albacea tiene autorización para representar judicialmente en todo lo que concierna al cumplimiento de tales atribuciones, con mayor razón si el testador le ha dado tenencia de bienes, pues en este caso vienen a sumarse a aquellas funciones generales las facultades y obligaciones que el código atribuye al curador de la herencia yacente, que implican actos administrativos de custodia y conservación y el poder de cobrar los créditos y satisfacer las deudas de la herencia.

Y como es natural que para el desempeño de sus funciones disponga el albacea de los medios conducentes, llégase lógicamente a la facultad de constituir mandatarios que obren a sus órdenes, lo cual no significa delegación del cargo, desde luego que aquél responde de los actos de sus apoderados (artículo 1337, C. C.).

En muchos casos habrá menester valerse de mayordomos, contadores, empleados, y desde luego de abogados que gestionen a su nombre, cuando deba litigar en ejercicio de las atribuciones de su cargo. No se le podría exigir que supiera de todo, ni tampoco que por sí solo atendiera a las múltiples, diversas y complicadas actividades que puede implicar el buen desempeño de su delicada misión. La personal responsabilidad que la ley le impone es la garantía de los herederos, en la medida de lo que sea propio y necesario para el cumplimiento de su labor. En esto estriba la clave de la legitimidad de todos sus actos y, por tanto, de que las expensas que ellos demanden sean imputables a la sucesión. Si innecesariamente recurre a contratar servicios de terceros, si designa apoderados judiciales para intervenciones inútiles o que no se justifiquen de acuerdo con la ley, no podría sostenerse que afectan a la herencia los salarios, sueldos y estipendios que estipule, ni los otros gastos que se causen.

Como el albacea, si no es abogado inscrito, no puede litigar como tal (artículo 1º de la ley 69 de 1945), y como aunque lo sea, no puede hacerlo sino en los casos en que la ley lo autoriza y siempre con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia (a menos, como es obvio, que haya de actuar contra éstos), esta limitación está indicando que no goza de plena libertad para constituir apoderados judiciales, y que si los constituye para efectos extraños a sus funciones, la herencia no tendrá por qué afectarse con los honorarios que estipule o que ellos cobren, ni con los demás gastos

que ocasione la gestión. De donde se infiere rectamente que, a menos de mediar una autorización expresa de los herederos, el albacea deberá, cuando rinda sus cuentas, justificar la necesidad de su intervención judicial y la equidad del honorario pagado a sus apoderados. Sería peligroso admitir, aún en los casos en que el ejecutor testamentario tiene derecho de recurrir a vías judiciales, que pueda estipular libremente el honorario de los abogados de quienes se valga para ello, y que esa libre estipulación sea, sin más prueba, obligatoria para los herederos que no la han autorizado.

Las partidas de la cuenta del albacea pueden ser objetadas por distintos motivos, como, por ejemplo: por no corresponder a la realidad del hecho, como si aparece pagando un gasto que no se ha causado o cuyo pago no se verificó; por exceso o por defecto, según que se trate de egresos o ingresos; por no haberse justificado la necesidad de ciertas expensas, o cuando, justificada la necesidad del servicio contratado, no lo está la cuantía de la remuneración u honorario correspondiente. En algunos de tales casos la carga de la prueba será del objetante; en otros del albacea. Así, pues, si el ejecutor intervino en juicio por sí o por medio de apoderado, a él le tocará acreditar que lo hizo con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia, si era el caso, o que la gestión judicial era necesaria para el cumplimiento de sus deberes, y que fueron usuales o equitativos los honorarios pagados.

La Sala está de acuerdo con el recurrente en que la fijación de honorarios por el Juez no puede hacerse *ad libitum* sino sobre la base de elementos probatorios que la respalden y justifiquen, y lo está también en que el arancel judicial no es aplicable a la regulación de la remuneración del albacea, al menos en forma exclusiva. Pero no puede aceptar, como lo dice el recurrente, que la norma del artículo 568 del C. J. (sustituído por el 60 de la ley 63 de 1936) se aplique hoy, como general, para regular toda clase de honorarios, pues ella está expresamente limitada a los de *intérpretes y peritos*.

Tratándose de albacea, su remuneración, cuando el testador no la ha señalado, o cuando no ha sido convenida con los herederos, se regula por el Juez, "tomando en consideración el caudal, y lo más o menos laborioso del cargo", regla ésta muy amplia, que deja ancho margen al criterio del juzgador, y en que predominan, más que las dotes subjetivas del ejecutor testamentario, los elementos objetivos de la labor realizada. No es el caso entonces de abrir articulación, a la cual no puede recurrirse sino cuando la ley dispone que un incidente se sustancie en esa forma (artículo 395 C. J.).

Verdad es que el juez de instancia, para regular la remuneración del albacea señor Morelli, acogió la que había señalado el juez que conoció del juicio de sucesión, quien se había regido, en parte, por la tarifa del artículo 566 del C. J., en cuanto a porcentaje sobre el dinero efectivo, sobre el producto bruto de las fincas rurales y sobre el valor de los semovientes, pero no lo es menos que allí se fijó una partida —la más importante— con apoyo en el artículo 1359 del C. J. y en el inciso 2º, de la letra f) del artículo 566 del C. J.

El Tribunal, como ya se vio, "encuentra ajustada tal remuneración, consideración hecha del caudal inventariado, el tiempo del ejercicio del cargo y el trabajo demostrado por éste", con lo cual aplicó rectamente, a su juicio, la norma del artículo 1359 del C. C.

Que para regular la remuneración del señor Morelli haya respetado el sentenciador la orientación del Juzgado, cuando éste aplicó parcialmente el arancel judicial, no se opone a ningún precepto de la ley, pues la amplitud de la norma del artículo 1359 le permitía llegar al resultado por distintas o combinadas sendas de apreciación, ya que el dinero efectivo y el valor de los semovientes, factores son que contribuyen a integrar el caudal herencial, como el producto bruto de los inmuebles rurales es revelador de la tarea más o menos laboriosa desempeñada por el albacea. En otras palabras, el criterio del juez, al aplicar las bases que da el artículo 1359 para fijar la remuneración del albacea, puede determinarse, al menos parcialmente, por lo pertinente de la tarifa de los artículos 566 y 567 del C. J., que debe presumirse equitativa y que, lejos de ser contraria a aquellas bases, se conforma con ellas. No podría decirse entonces, como lo pretende el recurrente, que el juzgador desvió su juicio, que no tuvo en consideración el caudal de la herencia y lo más o menos laborioso del cargo, ni tampoco que la remuneración se fijó aplicando exclusivamente el arancel judicial.

En cuanto a los pagos hechos a los abogados Hernández Gutiérrez y García y a los contadores Rincón y Gandica, el Tribunal, como se ha visto, desconoció la legitimidad de los primeros por no haber actuado dichos profesionales en beneficio de la sucesión sino en interés personal del señor Morelli, y la de los segundos por haber recurrido innecesariamente el albacea a la colaboración de contabilistas.

Pero el Tribunal no ha confundido, como lo pretende el recurrente para deducir la violación de los

artículos 1359 y 1367 del C. C., los honorarios con las expensas del albacea. Si éste no acreditó que la intervención judicial fuera necesaria para el cumplimiento de sus funciones, ni que lo fuera el servirse de contadores, y si, de otro lado, ninguna prueba ha presentado que justifique la equidad de los honorarios pagados a aquéllos, no es posible estimar que son legítimas las partidas respectivas. Si los gastos expresados afectan al albacea exclusivamente, como el sentenciador lo sostiene, la culpa es de aquél, no de la ley ni del juzgador, y lo que ocurre entonces no es que al albacea se le disminuye la remuneración señalada sino que su cuenta no se descarga en la cuantía de tales gastos, que es cosa distinta. De donde resulta inaceptable la imputación que el recurrente hace al Tribunal de haber confundido los conceptos de honorarios y expensas del ejecutor, y la pretendida aplicación indebida o interpretación errónea, por esa causa, del artículo 1359, y la falta de aplicación del 1367 del C. C.

Tampoco ha confundido el sentenciador "la categoría y la misión del albacea, con la categoría de los depositarios y secuestres", confusión que el recurrente deduce del hecho de haberse regido aquél, en parte, para regular la remuneración, por los porcentajes que el artículo 566 del C. J. reconoce a los depositarios judiciales o secuestres. Ya se vio atrás en qué sentido el arancel legal fue para el juzgador uno de los factores que le sirvieron para aplicar la norma de que la remuneración del ejecutor testamentario se regula teniendo en consideración el caudal y lo más o menos laborioso del cargo. El criterio del juez a ese respecto, que el Tribunal acogió, equivaldría a razonar así: si a los depositarios judiciales se les reconocen ciertos porcentajes por el dinero que reciben, por el depósito de semovientes y por administración de fincas rurales, lo mismo puede reconocerse a un albacea con tenencia de esas clases de bienes, porque los hechos que justifican tales porcentajes son unos mismos en ambos casos, sin que ello signifique que se equiparen legalmente el albaceazgo y el depósito o secuestro. Son simples puntos de referencia, bases parciales para llegar, según el criterio del juez, a la regulación de la remuneración total del albacea.

No prosperan, pues, los tres cargos que han quedado estudiados.

Cargos segundo y tercero.—En el segundo cargo y en parte del tercero se acusa la sentencia por violación indirecta de la ley sustantiva, es decir, como consecuencia de falta de apreciación y apreciación errónea de determinadas pruebas.

Dice el recurrente en el segundo cargo:

"Las pruebas que dejó de apreciar el fallador son todas las que figuran en el cuaderno de pruebas de primera instancia, de mi mandante señor Morelli donde figura toda su actuación como albacea, todas las dificultades que se presentaron, toda su intervención, todas las molestias, todas sus gestiones, el manejo de los bienes hasta entregarlos a los herederos y el valor del caudal hereditario. Dejó de apreciar también el fallador lo que resulta de las cuentas que llevó el señor Morelli, que están en tres cuadernos".

Esta transcripción es suficiente para advertir la improcedencia del cargo. Según la jurisprudencia de la Corte, en el caso del segundo inciso del primer ordinal del artículo 520 del C. J., es indispensable que se individualicen las pruebas que fueron erróneamente apreciadas o cuya apreciación se omitió, desde luego que el recurrente debe demostrar concretamente el error que a ese respecto imputa al Tribunal. No es, pues, admisible la que podría llamarse determinación abstracta, general o global de las pruebas mal apreciadas, pues por este camino se llegaría hasta el extremo de considerar aceptable que la prueba se determina con referencia a las producidas en el proceso o en alguna de sus instancias, como lo hace el recurrente, quien acude a una vaga indicación al hablar de "las que figuran en el cuaderno... de primera instancia de mi mandante", el cual consta de noventa y seis hojas y versa sobre un múltiple y variado acervo probatorio, y "lo que resulta de las cuentas que llevó el señor Morelli, que están en tres cuadernos".

En el cargo tercero, que ya se estudió en relación con la violación directa, se acusa también por la indirecta. Se señalan como pruebas "estimadas erróneamente las que demuestran el pago de los honorarios de los abogados y contabilistas que intervinieron en el juicio de sucesión del señor Rueda".

Dice el recurrente: "Infringió además el fallador las dos normas antes citadas (los artículos 1359 y 1367 del C. C.) por interpretación errónea de la prueba respectiva o sea de la prueba en que consta el pago de los honorarios a los abogados Hernández Gutiérrez y García y el pago de portes, papel sellado, telegramas, copias, gastos que están comprobados hizo el albacea en el juicio de sucesión del señor Rueda, gastos que iban enderezados a la marcha y actuación del juicio de sucesión prenombrado, en beneficio, como es claro de los herederos del señor Rueda. Y las infringió porque interpretó erró-

neamente esas pruebas estimándolas como gastos hechos en provecho personal del albacea y no en provecho general de la sucesión y de los herederos, error manifiesto, que palpita en los autos y en el cual incidió el juzgador al declarar fundada la objeción que no aceptó la legalidad de esos gastos aunque el objetante no negó como no podía negarlo, que no se hubieran hecho".

Tampoco prospera este cargo, pues aunque parece deducirse de la inserción que se acaba de hacer que el recurrente imputa al sentenciador error de hecho manifiesto, es lo cierto que si se toman aisladamente los recibos y demás comprobantes de los pagos a que el recurrente se refiere, ellos no revelan si los honorarios pagados a los abogados y contabilistas lo fueron por servicios prestados en beneficio de la sucesión, o que fueran realmente necesarios para el desempeño de las funciones propias del albaceazgo, ni mucho menos que la cuantía de tales honorarios fuera justa y equitativa. Para poder apreciar si en realidad el sentenciador equivocóse al estimar que los referidos egresos tuvieron por causa gestiones necesarias en favor de la herencia y no en provecho exclusivo del albacea, sería preciso entrar en el análisis de otras probanzas, cosa que la Sala no puede hacer, porque ha de limitarse a estudiar solamente las que se tachan de mal apreciadas. Y a nada conduciría estudiar pruebas que no han sido acusadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona con fecha catorce de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y oportunamente devuélvase el proceso.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez. Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda. Hernando Lizarralde, Secretario.

MIENTRAS EL COLONO QUE HA ADQUIRIDO DERECHO A LA ADJUDICACION DE UN BALDIO PERO CARECE DEL TITULO, NO RENUNCIE A SU CARACTER DE TAL, EL ADJUDICATARIO NO PUEDE PRIVARLO DE LA PARCELA, AUN PAGANDOLE LAS MEJORAS — EL ARTICULO 739 DEL CODIGO CIVIL ES INAPLICABLE CUANDO SE TRATA DEL ADJUDICATARIO DE UN BALDIO ENFRENTADO A CULTIVADORES O COLONOS ESTABLECIDOS DESDE ANTES DE LA ADJUDICACION — LA 'CARENCIA DE ACCION' NO ES EXCEPCION PERENTORIA

Cuando el cultivador o colono ya ha adquirido derecho a la adjudicación del baldío, mediante su explotación económica en las condiciones exigidas por la ley, y únicamente carece del título correspondiente, su situación no desmejora porque el terreno se adjudique a otra persona, pues ésta, para privarlo de su posesión y consiguientes derechos, necesita obtener sentencia judicial en juicio ordinario, o comprobar que no solamente le ha pagado el justo precio de sus habitaciones y labranzas, sino que el colono ha renunciado a su carácter de tal. No se trata solamente de que el colono o cultivador tenga derecho al pago de sus mejoras, como si las hubiese plantado en suelo ajeno de propiedad particular; lo que ocurre es que mientras éste no renuncie a su carácter de colono, y por ende al derecho preferencial a que se le expida el título de adjudicación, aún pagándole las mejoras, no puede el adjudicatario privarlo de su parcela. Se presume la buena fe de la posesión que el colono ejerza en ella.

2.—El artículo 739 del C. Civil, aplicable a las relaciones entre el dueño del terreno y el ocupante que establece labranzas o edifica en él, es improcedente cuando se trata del adjudicatario de un baldío enfrentado a cultivadores o colonos establecidos desde tiempo atrás en la zona a aquél adjudicada. En este caso, los dueños de mejoras han adquirido ya el derecho a que se les adjudiquen sus parcelas, reconociéndoles el dominio que el hecho del cultivo u ocupación con ganados les otorga, al tenor de los artículos 65 del Código Fiscal y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917.

3—Si el adjudicatario de un baldío o un tercero cualquiera, que para estos efectos es lo mismo, se apodera ilegalmente de las mejoras del colono y de la tierra en que se hallan plantadas, ese colono o cultivador del baldío tiene acción reivindicatoria para que se le restituya la posesión de sus mejoras y cultivos. De no ser así, habría que admitir que al adjudicatario del globo general dentro del cual se encuentran las mejoras aludidas, se le transmite el dominio del lote explotado por el colono, quedando éste en imposibilidad de hacer efectivos los derechos que la ley le otorga. En tan extraño supuesto, no tendrían razón de ser los artículos 47 del Código Fiscal y 10 de la Ley 71 de 1917, pues quedaría a voluntad del adjudicatario cumplir o no con los mandatos de las leyes 45 y 71 de 1917.

Por otra parte, al tenor del art. 947 del C. Civil, "pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles". Luego los cultivos, casa de habitación y mejoras en general, puestas en terrenos baldíos pueden ser objeto de esta acción, en su calidad de bienes corporales inmuebles por adhesión, conforme a los arts. 656 y 657 del mismo Código Civil.

4.—Ni la "carencia de acción", ni la "falta de derecho" del demandante constituyen excepciones perentorias, como es frecuente que lo aleguen los litigantes. La excepción perentoria es algo más que falta de derecho e inexistencia de la acción o de la obligación a cargo del demandado, condiciones éstas que miran a la pertinencia de las pretensiones incoadas y cuya falta conlleva su rechazo, sin necesidad de entrar al estudio de las defensas del demandado, ya que corresponde al actor su prueba. La excepción perentoria es un hecho distinto de los alegados por el demandante como fundamento de su derecho, y cuya comprobación simplemente deja sin bases y condenadas al fracaso las pre-

tensiones del actor; hecho mediante el cual el demandado trata de demostrar: que el derecho, adquirido aparentemente, al menos, por el actor, en realidad nunca existió; o bien, que si nació, se extinguió por uno de los modos que la ley determina; o ya, finalmente, que no puede ejercitarse aún, por mediar un término pendiente o una condición no cumplida. Es decir, excepción perentoria definitiva o absoluta, que tiende a destruír el derecho o a invalidar o desconocer su nacimiento; y excepción perentoria del juicio o temporal, que impide la eficacia de tal derecho en ese juicio, sin extinguirlo ni hacer imposible su ejercicio en nueva demanda, una vez vencido el término o cumplida la condición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla) Gutiérrez)

El 3 de septiembre de 1947 Carlos Muñoz P., por medio de apoderado, demandó a Alejandrino Alzate ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, para que por los trámites de un juicio ordinario se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que mi mandante el señor Carlos Muñoz P., es dueño del lote de mejoras ubicado en fracción de "La Floresta" denominado "La Divisa" y que obra alindando al numeral 1º de los hechos de este libelo; b) Que en consecuencia, los demandados están obligados a restituír a mi mandante, dentro del término que usted les fije en la sentencia, el lote objeto de esta acción, con todas sus anexidades y accesorios; c) Que para los efectos de las prestaciones civiles de ley —restitución de frutos—, sean condenados los demandados como poseedores de mala fe; que los demandados sean condenados en las costas de esta acción".

"Como hechos de la demanda aparece que:

1º—Hace varios años que Marco Tulio Alzate y María Eva Sepúlveda, casados entre sí, pusieron a sus expensas y con ánimo de dueños en terrenos baldíos de la Nación, una mejora agrícola que se halla situada en paraje de "La Floresta", jurisdicción del municipio de Pijao, denominado "La Divisa", cuyos linderos se expresan en el libelo;

2º—Los esposos Alzate y Sepúlveda confirieron por escritura pública registrada a Carlos Muñoz P., un poder general para administrar y disponer de sus bienes, y este señor en su carácter de mandatario suyo, transfirió a título de venta por escritura Nº 341 de 2 de septiembre de 1944, a Marco Antonio Muñoz, el dominio de las mejoras relacionadas en el hecho anterior;

3º—Posteriormente, por escritura pública 473 de 23 de junio de 1946, de la Notaría Segunda del circuito de Calarcá, también registrada, transfirió Marco Antonio a Carlos Muñoz P., antes vendedor, el dominio de la mejora agrícola ya aludida;

4º—Alejandrino Alzate y Magdalena Ardila de Alzate, propusieron contra Marco Tulio Azate y Eva Sepúlveda de Alzate, demanda ordinaria de reivindicación, para que les fuera restituído el lote de que hablan los hechos anteriores, el 6 de septiembre de 1944, juicio que terminó con la absolución de los expresados Alzate y Sepúlveda;

5º—Carlos Muñoz, obrando como apoderado de Marco Tulio Alzate y su esposa, celebró en agosto de 1944 un contrato de arrendamiento con el señor Baldomero Castaño Echeverri, sobre el mismo lote de que se ocupan estos hechos, contrato que Castaño cedió a Alejandrino Alzate y Magdalena Arcila, sin la correspondiente autorización del arrendador;

6º—En esta forma prevalidos de la cesión del contrato de arrendamiento, los nombrados Alzate y Arcila se declararon poseedores materiales del inmueble, no obstante que cuando interpusieron la demanda de que habla el hecho cuarto reconocieron a Marco Tulio Alzate y su cónyuge, y a Marcos Muñoz, como los verdaderos poseedores del lote a que se ha hecho alusión.

El personero judicial del demandado negó en su totalidad los hechos relatados en el libelo, se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas y propuso la excepción de carencia de acción.

El Juez del conocimiento en fallo fechado el 8 de febrero, de 1949, declaró improcedente la excepción de carencia de acción, no accedió a las peticiones formuladas en la demanda, y absolvió al demandado.

Sentencia recurrida

Apelada esta providencia por el actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira la confirmó en todas sus partes mediante fallo proferido el 9 de noviembre de 1949.

Los fundamentos principales de la sentencia del Tribunal se concretan en los siguientes párafos: "La parte demandante reivindica una fin-

ca o mejora agrícola y la determina por los linderos especiales, para señalar en esta forma su extensión de manera aproximada. Con la demanda se ha trabado una disputa judicial sobre la propiedad de mejoras puestas en terrenos baldíos, pero una disputa que no se ha planteado precisamente entre colonos sino entre una persona que se atribuye esa calidad y otra que ya posee el título de dominio proveniente del Estado. Entre colonos la discusión queda circunscrita a saber cuál de ellos acredita su mejor derecho a la propiedad de las mejoras, por haberlas puesto personalmente o por haberlas adquirido de quien las estableció. Las mejoras en baldíos se reputan inmuebles y sólo se pueden transmitir por escritura pública. De consiguiente, el derecho de los colonos a las mejoras es real y puede ser materia de una acción reivindicatoria. Pero como ya se dijo, la acción de dominio puede prosperar cuando las partes comprometidas en el litigio judicial tienen el carácter de colonos o de mejoristas, caso en que la persona que perdió la posesión de las mejoras dispone de acción real para recuperarlas de quien las posee. De manera que la acción tiene viabilidad en el caso concreto de que sean colonos los que ejercitan la acción; pero cosa distinta pasa cuando el terreno es propiedad particular. **En este caso, el mejorista** apenas tiene un crédito personal contra el dueño del terreno para que le pague el valor de la mejora y tiene derecho a retenerla mientras se la pagan, pero si pierde la tenencia en favor del propietario de la tierra, se extingue su derecho de retención y le queda la acción personal de **in rem verso.** La plantación accede al terreno y el dueño de éste lo es a su vez de aquélla. Si por ejemplo, en terrenos baldíos dos cultivadores se creen dueños de las plantaciones que hay en determinada extensión, cualquiera de ellos puede reivindicar del otro y se resuelve cuál de ellos tiene mejor derecho a las mismas, cuestión que también se decide en el juicio sobre adjudicación, con la oposición que el que se cree lesionado presente. Pero si uno de los cultivadores solicita la adjudicación y el otro no hace ninguna oposición a ella, y sobreviene la titulación, por más plantador que haya sido, pierde la acción real de dominio para reemplazarla por una personal que busca la indemnización correspondiente. El demandante en este juicio considera que la mejora que reivindica le pertenece porque la adquirió de quien la estableció, en el caso de autos, Marco Tulio Alzate. Pero sucede que la acción está dirigida contra el dueño de la tierra en que establecieron esa mejora y se ejercita inconvenientemente, porque el actor perdió la tenencia en favor del propietario del terreno. Dos cosas aparecen claras de autos, a saber: a) Que el dueño de la tierra en donde existe la mejora tiene título de adjudicación originario del Estado; y, b) Que el que se dice dueño de la plantación y con ese carácter reivindica, perdió la tenencia en favor del dueño de la tierra a la que accede dicha plantación".

El recurso

El actor en el juicio ha interpuesto recurso de casación con apoyo en la causal 1ª del art. 520 del Código Judicial. El único cargo que formula contra la sentencia del Tribunal se condensa en los apartes que a continuación se transcriben: "Incurrió el sentenciador de segundo grado en la equivocación jurídica de sostener que un adjudicatario de terrenos baldíos adquiere título de dominio absoluto frente a los colonos o cultivadores establecidos con anterioridad en todo o parte de lo adjudicado mediante plantación, beneficio y posesión de mejoras. Por éso —según el Tribunal— cumplida la titulación en favor de un adjudicatario, el colono o cultivador de mejoras, pierde la acción real sobre éstas, no puede enfrentarse en acción de dominio con el nuevo propietario para reivindicarlas, y sólo le asiste un crédito personal contra éste a fin de que se las pague. Crédito personal que se le garantiza con el derecho de retención del lote mientras se le satisface, pero que pierde esa garantía cuando la tenencia pasa al propietario, caso en el cual ha de contentarse el cultivador con el cobro de mejoras mediante la acción personal de in rem verso.

"Por ese juicio equivocado, el fallador viene a colocar al dueño del lote de mejoras de que trata este juicio en la situación de un plantador de mejoras en suelo ajeno, con las consecuencias que para tal caso contempla el artículo 739 del C. C. 'La plantación accede al terreno y el dueño de éste lo es a su vez de aquélla' dice en forma literal y sintética el fallador (f. 55 v. Cuad. 1º). Con ello incurre en aplicación indebida del artículo 739 del C. C., quebranta por desconocimiento flagrante los artículos 47 y 65 del Código Fiscal, 10 y 12 de la Ley 71 de 1917, 656 y 657 del C. C., disposiciones que sí eran las aplicables, errores e inobservancia que lo condujeron a desechar la acción reivindicatoria y a dejar de aplicar, en consecuencia, los artículos 946, 947, 950, 951, 952 y concordantes del C. C. Incurrió asímismo en violación de los anteriores preceptos, mediante errores de

hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas de dominio aducidas por el demandado, en la estimación de la prueba de venta de mejoras por documento privado, con lo que cayó en transgresión del art. 1857, inciso 2º, del C. C., y por falta de apreciación o apreciación errónea de las pruebas presentadas por la parte actora".

Después de copiar los preceptos legales citados y de hacer algunas consideraciones respecto a su sentido y alcance, dice el recurrente: "Consecuencia obligada de los claros preceptos transcritos es que el cultivador o colono no pierde su dominio sobre el lote de mejoras que ocupa aunque éste se comprenda dentro de los linderos de lo adjudicado a otra persona; que para el cultivador o colono mencionado sigue vigente el derecho a solicitar posteriormente el dominio del terreno que ocupa con sus mejoras; y que en ningún caso podrá el adjudicatario privar al cultivador o colono de sus mejoras sin comprobar plenamente dos cosas: a) Que le ha pagado el justo precio de sus habitaciones y labranzas; b) Que el colono o cultivador RENUNCIA a su carácter de colono o cultivador del lote respectivo. Esto porque si no renuncia a su carácter de colono o cultivador, sigue con el derecho preferencial a hacerse adjudicar el terreno donde están las mejoras. Si no se han llenado estos dos requisitos, el adjudicatario no puede privar al colono o cultivador de sus habitaciones y labranzas; ellas continúan siendo de propiedad de quien las plantó o de su causahabiente, quien además debe ser considerado como poseedor de buena fe del lote donde están plantadas. Y si de hecho el adjudicatario priva al colono o cultivador de sus habitaciones y labranzas, este último puede recuperarlas mediante acción reivindicatoria, porque no ha perdido el dominio de ellas, sino la posesión. En suma, el plantador de las mejoras sigue, en tal caso con el dominio sobre ellas; el adjudicatario del terreno no ha adquirido el dominio de la parte ocupada por el cultivador y menos sus mejoras.

Comentando los conceptos del Tribunal, atrás insertos, expresa el demandante en casación: "Confunde el Tribunal la situación del mejorista que se establece en propiedad particular, con la del colono que ocupa y cultiva tierras baldías de la Nación que posteriormente son adjudicadas a otra persona. La primera situación se rige por el artículo 739 del C. C., caso en que el que edificó, plantó o sembró en terreno ajeno, carece del derecho real de dominio sobre el edificio, plantación o sementera y sólo tiene el derecho a que el dueño del terreno le pague el valor de las mejoras, acompañado del derecho de retención del terreno y por lo mismo de las mejoras, hasta que el valor de éstas le sea satisfecho. Pero muy otra es la situación del cultivador o colono porque éste no planta mejoras en terreno de propiedad particular, sino en baldíos de la Nación, es decir, en tierras que no tienen dueño particular.

"En este caso, como se ha visto, el establecimiento de las mejoras abre el camino al dominio del suelo porque dá al cultivador el derecho preferente a hacérselo adjudicar. El establecimiento y cultivo de las mejoras arrastra la propiedad del suelo, al paso que en la otra situación el dominio del suelo atrae el de las mejoras. Por éso el capítulo 4º del Título 5º Libro 2º del Código Civil que de este fenómeno trata tiene el siguiente rubro: **"de la accesión de las cosas muebles a inmuebles".** Que el Tribunal colocó equivocadamente el caso del pleito dentro de dicho capítulo del C. C. nos lo dice su frase ya copiada "La plantación accede al terreno y el dueño de éste lo es a su vez de aquélla". ¿Quién? No el Estado que era el dueño del baldío al tiempo del establecimiento de las mejoras porque él precisamente ha legislado en el sentido de despojarse de su dominio sobre el suelo en favor del cultivador. Ni dueño particular alguno porque no existía.

"La posterior adjudicación del suelo a un tercero no le dá dominio sobre el terreno ocupado por colonos o cultivadores y menos sobre sus mejoras mientras no se las pague y éstos no renuncien a su carácter de tales. **El demandado carece de título de dueño sobre el lote de mejoras en litigio.**

"A más de lo dicho el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho al dar como probado en el demandado Alejandrino Alzate el título de dueño sobre el terreno donde están las mejoras disputadas. De dos títulos hizo proceder esa calidad de dueño, la escritura Nº 254 de 12 de junio de 1932, Notaría 2ª de Calarcá; y la 318 de 30 de mayo de 1945, pasada en el mismo circuito notarial, para protocolizar la Resolución Nº 96 de 5 de diciembre de 1941 por la cual el Ministerio de Economía Nacional adjudicó a Alejandrino Alzate el globo de terreno de La Floresta.

"Pero hay error de hecho manifiesto en la apreciación de la escritura 254 de 1932 citada porque de ella no surge título de propiedad del terreno en favor de Alejandrino Alzate, ni siquiera sobre mejoras. En efecto, como se puede leer a folios 21 v. y 22 v. del cuaderno 2º, por esa escritura el señor Rogerio Vásquez dijo: "Que transfiere a título de

venta real y enajenación perpetua a la señora **Magdalena Arcila**... el derecho de propiedad y dominio que tiene en dos inmuebles a saber: a) Una finca territorial, denominada La Floresta ubicada en jurisdicción de este municipio consistente en mejoras de pastos artificiales, sementeras de café y plátano, caña etc., casas de habitación, rastrojos y algo de monte, sobre un lote de terreno **baldío sin titular**..." La dicha escritura contiene al final: "Presente la compradora, a quien también conozco, manifestó que acepta esta escritura y la venta que por ella se le hace, haciendo constar que el dinero invertido en dicha compra **lo hubo por derecho de herencia,** y por consiguiente, la finca y la mitad de la casa a que se refiere esta escritura no entran a hacer parte de los bienes de la sociedad conyugal que tiene constituída con su esposo señor Alenjandrino Alzate, **quien de hoy en adelante, será simple administrador** de dichos bienes...". Luego él no adquirió dominio alguno, ni siquiera sobre mejoras por tal escritura.

"Y la Resolución Nº 96 de 5 de diciembre de 1941 (fs. 25 y ss. Cuad. 2º) por la cual el Ministerio de Economía Nacional adjudicó a Alejandrino Alzate el terreno de "La Floresta", dentro del cual se halla el lote de mejoras de **La Divisa** en litigio, no le otorgó dominio sobre este último lote, ya que para entonces y desde unos cuatro años antes —como luégo veremos— había sido ocupado por Marco Tulio Alzate y María Eva Sepúlveda, quienes se establecieron en terreno inculto y pusieron mejoras consistentes en casa de habitación y cultivos de café, plátano, sombrío y pastos, que poseían y beneficiaban al tiempo de la adjudicación.

"Por tanto, estos cultivadores al tenor de los artículos 47 y 65 del C. F., 10 y 12 de la Ley 71 de 1917, en presencia de tal adjudicación no perdieron su dominio sobre el lote de mejoras y su privilegiada situación legal para obtener la adjudicación de la parte del baldío por ellos ocupado.

"Más claro, el adjudicatario Alejandrino Alzate no adquirió dominio sobre el lote de **La Divisa**". Claro se ve el error de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador de segundo grado al atribuír al señor Alejandrino Alzate la calidad de dueño del terreno donde están las mejoras en litigio, tomando para ello como pruebas las comentadas escritura y Resolución sobre adjudicación del baldío. Errores que, con los demás ya comprobados, lo indujeron a no decretar la reivindicación del lote de mejoras **La Divisa** en favor del actor señor Carlos Muñoz P.

Dominio sobre el lote de mejoras en litigio. Demostrado ya que el adjudicatario de baldíos no adquiere el domino de la porción ocupada por cultivadores o colonos y que éstos o quienes se las compren siguen siendo dueños de las mejoras y pueden reivindicarlas contra el tercero adjudicatario del baldío, importa recalcar que en este expediente se halla demostrado a cabalidad que Marco Alzate y María Eva Sepúlveda plantaron las mejoras discutidas, mucho antes de la adjudicación del baldío a don Alejandrino y que el actor Carlos Muñoz P. las adquirió por transferencia de quienes las establecieron. El sentenciador dejó de apreciar o apreció erradamente esas pruebas lo que también lo condujo a desconocer en el actor el derecho de dominio y a negarle la reivindicación demandada".

En seguida extracta y examina el recurrente las declaraciones de Emilio y José Alberto Toro, Luciano Fernández, Alejandro García, Zósimo Vásquez, Alfredo Bedoya y Jesús María Ospina, y un contrato de promesa de venta celebrado en 1943 entre Marco Tulio y Alejandrino Alzate, para concluír que el Tribunal no apreció debidamente dichas pruebas. Con ellas cree el demandante en casación estar demostrado plenamente que las mejoras fueron plantadas por Marco Tulio Alzate y su mujer en terreno inculto y con ánimo de dueños, mucho antes de la adjudicación de "La Floresta" a Alejandrino Alzate, demandado en el juicio.

Se considera:

La medula del cargo anterior está en la supuesta violación del artículo 739 del Código Civil, por aplicación indebida, y de los arts. 47 y 65 del Código Fiscal, 2º de la Ley 45 de 1917 y 10 y 12 de la Ley 71 del mismo año, que adicionan el mencionado Código, por falta de aplicación. La infracción de tales textos la atribuye el recurrente a estos conceptos del Tribunal: que el ocupante, cultivador o colono de un terreno baldío ubicado dentro del que es objeto de una adjudicación por el Estado a favor de otra persona, queda en las condiciones de quien posee mejoras hechas en terreno ajeno; que, por tanto, carece de acción real contra el adjudicatario en el supuesto de que por vías ilegales pierda a manos de éste la posesión de sus cultivos, quedándole sólo la acción personal para el pago del valor de esas mejoras; y que el adjudicatario, en razón del título emanado del Estado, pasa a ser dueño de la parcela comprendi-

da dentro del globo general adjudicado, a pesar de que en ella se encuentre establecido un colono que la ha cultivado para sí y a su propio nombre. El cargo también pretende demostrar que hubo violación indirecta de los mismos textos legales en cita, como resultado de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas por los demandados para acreditar su condición de dueños del terreno objeto de la demanda, y por el demandante para demostrar su mejor derecho sobre el mismo lote.

Acoge la Sala las tesis expuestas por el recurrente en el sentido de que los conceptos del Tribunal están en desacuerdo con el claro sentido de los artículos 47 y 65 del Código Fiscal, 2º de la Ley 45 de 1917 y 10 y 12 de la ley 71 del mismo año, que los complementan. En efecto, el legislador, al expedir las normas mencionadas, parte de la base fundamental de que lo que dá derecho a obtener el título de adjudicación de un baldío es el hecho de su cultivo u ocupación con ganados en la extensión y condiciones establecidas por la ley, y que, en consecuencia, la propiedad se adquiere en razón de la explotación económica del terreno. El título no viene a ser sino el reconocimiento formal de que el adjudicatario ha adquirido derecho al dominio. El artículo 65 del Código Fiscal es terminante en este aspecto: "La propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, de acuerdo con lo dispuesto en este Código".

Consecuencia natural y lógica del principio así consagrado, es el artículo 47 ibidem, que dice: "La adjudicación en ningún caso perjudica a terceros, **y deja a salvo los derechos de los cultivadores o colonos".** "Tampoco está obligado (el Estado) al saneamiento, si el terreno baldío estuviere destinado a un uso público u **ocupado** por cultivadores o colonos".

Quiere decir este último texto que la calidad de cultivador o colono prevalece sobre el título de adjudicación. Se advierte que el Estado no está obligado al saneamiento, simplemente porque el título no le otorga al adjudicatario derechos sobre la parte ocupada por el colono o cultivador. Este conserva intactos sus derechos de tal, el primero de los cuales es el de que se reconozca que ha adquirido la propiedad de la zona de baldío explotada por él y se le otorgue el título respectivo, previas las formalidades administrativas de rigor.

La Ley 71 de 1917 vino apenas a aclarar el alcance del artículo 47 del Código Fiscal cuando dijo: "Artículo 10.—Cuando al hacer una adjudicación de terrenos baldíos a cualquier título, se hallaren establecidos previamente colonos o cultivadores en la extensión respectiva, **se les deberán reconocer las extensiones cultivadas, para lo cual no se les exigirá a los cultivadores el que tengan adquirido título de propiedad. Podrán ellos solicitarlo posteriormente,** ciñéndose a las disposiciones de esta ley". Artículo 12.—"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 les ha pagado el justo precio de sus habitaciones y labranzas, **y que renuncian a su carácter de colonos y cultivadores** del lote respectivo". Texto, este último, que armoniza con el art. 2º de la Ley 45 del mismo año, el cual dice: "a) Los cultivadores de terrenos baldíos establecidos en ellos con casa de habitación y labranza **serán considerados como poseedores de buena fe y no podrán ser privados de la posesión sino por sentencia dictada en juicio civil ordinario"** (Subraya la Sala).

De los textos legales transcritos se deduce, sin lugar a dudas, que cuando el cultivador o colono ya adquirió derecho a la adjudicación del baldío mediante su explotación económica en las condiciones exigidas por la ley y únicamente carece del título correspondiente, su situación no desmejora porque el terreno se adjudique a otra persona, pues ésta, para privarlo de su posesión y consiguientes derechos, necesita obtener sentencia judicial en juicio ordinario, o comprobar que no solamente le ha pagado el justo precio de sus habitaciones y labranzas, sino que el colono ha renunciado a su carácter de tal. No se trata solamente de que el colono o cultivador tenga derecho al pago de sus mejoras, como si las hubiese plantado en suelo ajeno de propiedad particular; lo que ocurre es que mientras éste no renuncie a su carácter de colono, y por ende al derecho preferencial a que se le expida el título de adjudicación, aún pagándole las mejoras no puede el adjudicatario privarlo de su parcela. Se presume la buena fe de la posesión que el colono ejerza en ella.

La tesis del Tribunal conduce a desconocerle al colono el derecho preferencial a la adjudicación. Ella es inaceptable porque contraría en forma manifiesta el claro sentido y tenor de los textos legales que se comentan, conforme a los cuales la explotación económica del baldío dá al colono el derecho a adquirir el correspondiente dominio.

Lo expuesto hasta aquí quiere decir que el artículo 739 del C. Civil, aplicable a las relaciones

entre el dueño del terreno y el ocupante que establece labranzas o edifica en él, es improcedente cuando se trata del adjudicatario de un baldío enfrentado a cultivadores o colonos establecidos desde tiempo atrás en la zona a aquél adjudicada. En este caso, los dueños de mejoras han adquirido ya el derecho a que se les adjudiquen sus parcelas reconociéndoles el dominio que el hecho del cultivo u ocupación con ganados les otorga, al tenor de los artículos 65 del Código Fiscal y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917.

Idénticos conceptos expuso la Corte en sentencia de 19 de octubre de 1948, en el ordinario del mismo Alejandrino Alzate contra Alberto Toro, sobre reivindicación de otro lote ubicado dentro de la hacienda "La Floresta". Dijo entonces la Corte, para concluír negando el derecho de aquél a reivindicar contra éste el lote objeto del juicio: "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 resultà 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 Nº 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 Nº 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 eso 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 (Art. 762 del C. C.)".

"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 art. 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 vió 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".

Las tesis del Tribunal son, sin duda, erradas. Pero para que en virtud de ellas se haya consumado la violación de los textos transcritos se requiere que evidentemente el actor o sus tradentes hubieran tenido el carácter de colonos o cultivadores del terreno objeto de la demanda, cuando por Resolución del Ejecutivo Nacional el demandado obtuvo la adjudicación de que se viene hablando. Porque sólo en tal evento habría tenido el Tribunal la obligación de aplicar los citados textos legales y sería evidente la aplicación indebida del art. 739 del Código Civil.

Se pasa, pues, al estudio de las pruebas aducidas por el actor en demostración del hecho fundamental de su demanda: ser cesionario en legal

forma del cultivador del terreno motivo de la reivindicación, al tiempo de adjudicársele éste al demandado Alejandrino Alzate, como parte integrante de un lote baldío de mayor extensión.

A) **El carácter de colono o cultivador de baldíos de Marco Tulio Alzate y María Eva Sepúlveda.**

Dos clases de pruebas conducen a la demostración de este hecho: la escrita y la testimonial.

En el Cuaderno 2º, folio 4, se encuentra la copia auténtica del documento privado contentivo de un contrato en el cual figura como vendedor el señor Marco Tulio Alzate Arcila y como comprador el demandado en este juicio, señor Alejandrino Alzate. El objeto de tal promesa es la finca denominada "La Floresta", cuyos linderos generales son: "Por el Norte, orte y accte (sic) con el comprador y por el costado sur con camino que conduce a La Finaria". En el contrato se dice que desde su fecha Marco Tulio Alzate "pone al comprador en posesión real y material de lo que vende y que se obliga al saneamiento de lo vendido" (Cláusula 4ª); y que: "Presente el comprador manifestó que acepta este documento y la venta que por él se le hace, siendo entendido que la venta sólo se refiere al valor de las mejoras, ya que están situadas en terrenos de su propiedad por poseer los correspondientes títulos expedidos en su favor por el Estado" (cláusula 5ª).

De manera que el documento anterior, presentado personalmente por Alejandrino Alzate ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá el 16 de agosto de 1944 en la demanda de requerimiento para que Marco Tulio Alzate le hiciera entrega del terreno, fué reconocido expresamente como auténtico por éste ante el mismo Juez el 16 de agosto del mismo año. Dicho documento, firmado por dos testigos y debidamente estampillado, es auténtico, y conlleva el reconocimiento por parte del primero del dominio del segundo sobre las mejoras de café, plátano y casa de habitación que en esa fecha había en el terreno respectivo, y del carácter de poseedor de las mismas, que el promitente vendedor tenía entonces. La circunstancia de que Alejandrino Alzate aparezca en ese documento como dueño del terreno por haberlo adquirido en el año de 1941, mediante adjudicación del Estado, pero no de las mejoras que compra, cuya posesión dice recibir en esa fecha, no deja la menor duda de que por ese entonces Marco Tulio Alzate era dueño y poseedor de tales mejoras. En cambio, deja sin demostrar que en el momento de hacérsele a Alejandrino Alzate la adjudicación del terreno baldío dentro del cual los contratantes aceptan que está el lote ocupado por tales mejoras, Marco Tulio ya se encontrara en él como colono o cultivador, es decir, que la plantación aludida fuera anterior al título de adjudicación.

En la cláusula primera del comentado documento se dice que Marco Tulio Alzate "promete vender y el segundo comprarle es a saber el derecho de dominio que el exponente tiene sobre unas mejoras...", y en la tercera se habla del "promitente comprador", lo que dá a entender que se trata de un contrato de promesa de compra-venta. Mas en la introducción, y en las cláusulas segunda, cuarta y quinta restantes, y al pie de las firmas, se habla únicamente de venta, de vendedor y de comprador. No se dice nada en el contrato que indique el propósito de elevarlo a escritura pública, ni se fija condición o plazo alguno para hacerlo. El precio se cancela totalmente, y se estipula obligación de saneamieto "de lo vendido".

En la demanda de requerimiento presentada por Alejandrino Alzate siete meses después de firmado el documento, y con base en éste, habla de haberle comprado o reconocido por las mejoras la suma de mil pesos a Marco Tulio. Por otra parte, en el acto de requerírsele al último para que entregara manifestó "que desocupa en el momento que le paguen a su señora esposa la plantación de dichas mjoras y por consiguiente de la casa misma", sin alegar en absoluto que se hubiera tratado de una simple promesa. Es muy importante observar que en dicha demanda Alejandrino Alzate confiesa que, no obstante haberse dicho en el contrato que recibía la posesión en su fecha, tal entrega material no se efectuó por acuerdo entre los dos contratantes hasta que hiciera Marco Tulio la recolección de la cosecha de café; y que posteriormente éste se negó a hacerlo. Tal es el origen, según él, del requerimiento y de la demanda reivindicatoria que en septiembre del mismo año de 1944 formuló.

En la demanda que en juicio ordinario presentaron Alejandrino Alzate y Magdalena Arcila —su mujer—, contra Marco Tulio Alzate, Eva Sepúlveda y Marco Antonio Muñoz, afirmaron los primeros que desde hacía unos seis años (por tanto desde 1938), le había entregado a su hijo Marco Tulio los cultivos de café y plátano levantados en el lote objeto de la litis, advirtiendo que lo hicieron "para que disfrutara de ellos por un tiempo que no fué determinado". Y en el requerimiento comentado dijo Alejandrino Alzate que el con-

trato por el cual le compró o reconoció el valor de las mejoras a Marco Tulio, tuvo lugar, aproximadamente, cuatro años "después de entrar mi hijo a administrar mi propiedad", o sea, pues, que tal administración data desde diciembre de 1939. Ambas fechas aparecen así anteriores a la adjudicación hecha a Alejandrino en el año de 1941, de terreno baldío en mayor extensión.

Como de lo expuesto aparecen, las afirmaciones unilaterales de Alejandrino, en las cuales atribuye a Marco Tulio la calidad de simple tenedor de las mejoras desde 1938 o 1939, se encuentran en contradicción con la declaración bilateral contenida en el contrato auténtico de 12 de diciembre de 1943, de que este último es poseedor y dueño de esas mejoras. De modo que, salvo prueba en contrario, se debe aceptar que Marco Tulio era dueño de las mejoras y que la consiguiente ocupación del suelo con tales cultivos data desde 1938 o 1939, época anterior a la Resolución de 5 de diciembre de 1941 por medio de la cual se adjudicó como baldío ese terreno a Alejandrino Alzate. Existiendo la plena prueba de que tenía la calidad de poseedor y dueño de ellas en 1943, no puede admitirse que antes hubiera sido un simple tenedor de las mismas sin que quien así lo alegue aduzca prueba incontrovertible de su afirmación, o sin que se destruya la declaración contenida en el citado contrato por simulada o falsa, mediante prueba competente.

La situación a partir del contrato de 12 de diciembre de 1943 es distinta. Para calificar la ocupación que con posterioridad a dicho documento mantuvo Marco Tulio Alzate, hecho que se prueba plenamente por confesión de Alejandrino contenida en los libelos de requerimiento y juicio ordinario ya comentados, es necesario definir cuál es la verdadera naturaleza de aquél, ya que, como se dejó expuesto, de su redacción no aparece claro que se trate de simple promesa o de venta definitiva. Pero este punto tiene importancia para el estudio de fondo de la acción reivindicatoria incoada; no para el simple efecto del estudio del cargo, es decir, de saber si el Tribunal desconoció el hecho de haberse plantado los cultivos y mejoras cuando el terreno tenía la condición de baldío y antes de su adjudicación, y si incurrió por tanto en aplicación indebida del art. 739 del C. Civil y falta de aplicación de los arts. 65 del Código Fiscal y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917, como consecuencia de haber sostenido el fallador las tesis que se dejaron expuestas atrás. Para ésto es suficiente determinar si Marco Tulio Alzate era ocupante del terreno baldío como cultivador o colono cuando la adjudicación en mayor extensión se hizo a favor de Alejendrino Alzate. Y, como ya se dijo, salvo prueba en contrario del documento y libelos analizados, se deduce que aquél tenía el carácter de dueño y poseedor de esas mejoras desde el año de 1938 o 1939 o sea con anterioridad a tal adjudicación.

La parte demandada trajo durante la primera instancia las declaraciones de Gabriel Osorio, Jenaro Carmona, Gregorio García, Roberto González, Everardo García, Manuel de J. Londoño, Pablo Emilio Londoño, Israel Canoy, Ricardo Hincapié. El testigo **Osorio** dice que conoce la finca "La Floresta", que por hechos presenciales sabe que los demandados la han poseído desde hace más de quince años y que "por percepción directa y personal" le consta que los esposos Alzate y Arcila entregaron a su hijo Marco Tulio un lote que forma parte de esa finca, por entonces ya totalmente mejorado, para que lo disfrutara gratuitamente; pero no identifica el lote a que se refiere. No dice el declarante por qué le consta que fué entrega gratuita, no expresa cuáles eran las mejoras que tenía cuando dicha entrega ocurrió, ni determina si son las mismas que existían al tiempo de la demanda (C. 2 folio 10).

Carmona rinde declaración exacta, inclusive en su redacción, a la anterior (fol. 11).

García expresa que conoce la hacienda y el lote disputado donde trabajó en la construcción de una casa, y que sólo sabe decir que hace unos años los esposos Alzate y Arcila entregaron a su hijo, para que lo disfrutara, un lote que forma parte de la finca y estaba mejorado en parte; pero no manifiesta por qué le constan las condiciones de la entrega, ni cuáles eran las mejoras parciales que entonces tenía el lote (fol. 12).

González dice que nada le consta de los negocios entre padre e hijo (fol. 13).

García (Everardo) dice que nada le consta (fol. 4).

Manuel de J. Londoño dice que sabe, porque Alejandrino se lo contó, que más o menos diez años atrás (1937 por tanto), los esposos Alzate y Arcila entregaron a su hijo Tulio un lote que forma parte de la finca "la Floresta", que se encontraba mejorado con café y casa de habitación. Su dicho carece de valor (fols. 15-16).

Pablo Emilio Londoño dice también que hace quizás unos diez años (1937 por tanto), los esposos Alzate y Arcila entregaron a su hijo Marco Tulio un lote que forma parte de la mencionada finca,

que se encontraba enteramente mejorado con casa y café y plátano que el mismo declarante sembró por cuenta de Alejandrino. Añade que la entrega se le hizo a aquél para que lo disfrutara gratuitamente, y que en ninguna parte de la hacienda ha ejercido tenencia ni posesión material persona distinta de los esposos Alzate y Arcila. No dice, sinembargo, por qué le consta que la entrega se hizo a título gratuito, ni aclara si lo entregado fué la simple tenencia o si se trató de una donación. Incurre en contradicción al afirmar que únicamente los esposos Alzate y Arcila han tenido la tenencia y posesión cuando al mismo tiempo dice que entregaron a su hijo Marco Tulio el lote situado dentro de esa hacienda para que lo disfrutara; y no expresa si los cultivos que existían cuando tal entrega se efectuó eran los mismos que había en ese lote al tiempo de la adjudicación o de la demanda (fol. 17).

Israel Cano dice que le consta la entrega del lote, pero guarda silencio sobre la razón de su dicho y la naturaleza o alcance de esa entrega. También omite decir qué clase de mejoras tenía el predio (fol. 18).

Ricardo Hincapié habla solamente de informaciones que recibió (fol. 19).

Las declaraciones anteriores no pueden admitirse, en forma alguna, como plena prueba de que Marco Tulio Alzate hubiera ocupado en simple tenencia el lote discutido. Y no son suficientes para demostrar que estuviera mejorado ya por los cultivos y casa de habitación existentes al tiempo de producirse la adjudicación a favor de Alejandrino. Esa entrega bien pudo haber sido hecha para que Marco Tulio trabajara el lote y lo mejorara con cultivos u otras obras en su propio nombre y beneficio. De las declaraciones citadas no se deduce plenamente que hubiera mediado obligación ninguna de restitución o reconocimiento de dominio, a favor de sus padres, ni queda establecido cuáles eran las mejoras que por entonces tenía el lote. De manera que es el caso de atenerse a la declaración bilateral contenida en el documento de diciembre de 1943, que le dá a Marco Tulio Alzate el carácter de dueño y poseedor de las mejoras. En cambio, las comentadas declaraciones sí corroboran lo afirmado por el mismo Alejandrino en el libelo de requerimiento y en la demanda ordinaria, acerca de que la ocupación de Marco Tulio data por lo menos del año de 1939, pues varios testigos la sitúan aproximadamente en 1937.

El demandante aportó sobre estos mismos puntos abundante prueba testimonial. En copias del juicio ordinario anterior obran las siguientes declaraciones:

Emilio Toro dice que por haber trabajado como peón y haber colaborado en aserrar parte de la madera para la construcción de la casa, le consta que Marco Tulio Alzate levantó la edificación, sembró y cercó a sus expensas el lote, y ejercitó actos de dominio como vender y comprar café y demás frutos, sin que nadie le perturbase. No dice el testigo la fecha ni año siquiera en que tales actos ocurrieron (C. 3 fol. 11).

Manuel Londoño dice que, por haber sido trabajador de Alejandrino Alzate, le consta que fué éste quien plantó las mejoras y es el dueño de ellas; que Marco Tulio y su esposa Eva Sepúlveda ejercían "actos de dominio" sobre el terreno pero en "carácter de agregados de Alejandrino Alzate, pues era éste quien les suministraba los gastos necesarios..." (fol. 12).

Jesús Quintero manifiesta que fueron Alejandrino y su esposa quienes le pagaron la empañetada de la casa (fol. 12 vto.).

Eleázar López expresa que por cuenta de Marco Tulio Alzate y Eva Sepúlveda, picó y aró un potrero situado dentro del lote, que posteriormente fueron plantadas sementeras de maíz, fríjol y yuca, y luego sementeras estables cuya naturaleza no explica; pero no cita el año en que tales hechos ocurrieron (fol. 13).

Fidel Martínez dice que las mejoras estables e inestables fueron puestas por Marco Tulio, pero por cuenta de Alejandrino, quien le pagaba su trabajo y suministraba el valor de los gastos. Agrega que lo anterior le consta desde unos siete años a esa parte (1938-1945), "por hechos presenciales". Finalmente, manifiesta que empañetó la casa situada en ese terreno por contrato que verificó con Marco Tulio, pero que Alejandrino le daba a éste el dinero necesario para pagar los contratos, sin explicar por qué le consta tal hecho ni citar la época o año en que hizo ese trabajo (fol. 13).

Vicente Martínez y **Tomás Palacios** dicen que desde 1937 en adelante compraron a Marco Tulio café, pero callan acerca de la calidad en que éste lo vendía (fols. 14 y vto.).

Alberto Toro dice que le consta desde siete años atrás (desde 1938) que las mejoras estables e inestables de yuca, arracacha, maíz, casa de habitación, café, plátano y árboles de sombrío, fueron plantadas a expensas de Marco Tulio y su esposa, que éstos desde entonces trabajaban el lote de manera pacífica y realizaban en él actos de dominio como establecimiento de cultivos y venta de fru-

tos, sin consentimiento de nadie. No explica el testigo por qué le constan esos hechos; al respecto simplemente expresa que nueve años atrás en compañía de Manuel Londoño, "mojoniamos el lote que es materia de esta acción, para que de esta manera el señor Marco Tulio Alzate, pudiera celebrar en éste actos de verdadero dueño y señor" (fol. 15).

Aldemar Marín dice que Marco Tulio y su esposa mejoraron el lote con su trabajo personal, que edificaron y rompieron varios potreros de yaraguá con el fin de ponerles las mejoras, lo cual le consta por haber trabajado en el lote en distintas ocasiones. No sabe, sinembargo, si aquéllos costeaban los trabajos o los pagaban con dinero de otra persona. Se dió cuenta, sí, de que Marco Tulio realizaba actos de dueño, pues plantaba mejoras estables e inestables y vendía los frutos sin tener que consultar a nadie; pero no precisa las épocas en que hubiera trabajado allí (fol. 16).

Fernando Castaño se limita a decir que compró a Marco Tulio café entre los años de 1937 a 1944 (fol. 16 vta.).

Miguel Alvarez dice que siete años atrás (1938) tomó en arriendo a Marco Tulio y Víctor Alzate dos lotes de cafetales situados dentro de la parcela objeto de este juicio, pero que **no supo quién había** plantado las mejoras; sólo le consta que los arrendadores se portaron al hacer el contrato como verdaderos dueños y que nadie le perturbó el beneficio del cafetal (fol. 17).

Alberto Marín dice que sólo le consta que cuando trabajó en ese lote, Marco Tulio le pagó su salario y tenía otros trabajadores (fol. 18).

Alfredo Bedoya dice que por hechos presenciales le consta que Marco Tulio y su esposa levantaron a sus expensas mejoras de café, plátano y yuca, y casa de habitación, que han poseído quieta y pacíficamente por espacio de ocho años o menos; agrega que tales actos de dominio, y la venta de frutos, los han ejecutado "sin que le tengan que dar cuenta a terceras personas" (Declara, como los anteriores, en 1945).

Del juicio de lanzamiento seguido por Marco Tulio Alzate y Eva Sepúlveda contra Alejandrino Alzate, ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, se trajeron copias de las declaraciones de Alberto Toro, Miguel Angel Toro, Alfredo Bedoya (fols. 22 a 25 C. Nº 3). Los testigos unánimemente afirman que Marco Tulio y su esposa plantaron mejoras de café, plátano y otros cultivos y construyeron casa de habitación en el mencionado lote, unos siete años atrás (declaran en 1944), lo que les consta personalmente, sin decir en virtud de qué circunstancias. Esas declaraciones fueron rendidas extra-juicio y para acompañar a la demanda de lanzamiento. Pero dentro del término probatorio de la primera instancia de este juicio, **Miguel Angel Toro** declaró nuevamente y dice que desde hace unos siete años conoce el inmueble objeto de este litigio, mejorado con café, plátano y casa de habitación, y que Marco Tulio Alzate y su esposa entraron a él hace unos diez años; que desde entonces poseyeron pacíficamente y que con dinero y trabajo propios pusieron las mejoras y casa de habitación; que Alejandrino Alzate le entregó ese lote a Marco Tulio "con el fin de que le hiciera una casa y le pusiera plantaciones de café, pastos y otros cultivos, en su calidad de hijo legítimo, mejoras éstas que plantó Tulio Alzate para vivir tranquilamente"; que Marco Tulio mejoró el lote en referencia, y que dentro de los linderos generales de la finca de Alejandrino —conocidos por el declarante—, está el lote que le dió a su hijo Marco Tulio, "donde plantó a sus propias expensas y con su esfuerzo personal, plantaciones de café, plátano, casa de habitación y otros cultivos"; y que, según le consta, "Tulio Alzate, no era agregado ni peón de Alejandrino Alzate, sino dueño absoluto de sus mejoras" (fol. 55 y 56 C. 3).

También declaró nuevamente **José Alberto Toro.** Este dice que es yerno del demandado Alejandrino, que conoce personalmente hace 32 años el inmueble y le consta sin lugar a dudas, que Marco Tulio Alzate y señora entraron hace unos diez años aproximadamente al inmueble "en su condición de cultivadores, por habérselo dado el señor Alejandrino Alzate, y allí mediante su propio esfuerzo, y con dineros de su propio peculio, personalmente y asesorados por trabajadores y peones pusieron las mejoras que allí existen, consistentes en casa de habitación, sementeras de café y sombríos, pues dicho lote lo ocuparon inculto y con el fin de mejorarlo"; que el lote lo entregó Alejandrino a su hijo para que lo cultivara y mejorara para él; que el declarante tiene otro lote mejorado en esa finca desde hace 18 años; que conoció a Marco Tulio desde mucho antes de 1944, y hasta ese año en posesión quieta y pacífica del lote (fls. 58-59 C. 3).

Luis Carlos Lopera dice que desde hace cuatro años conoce el lote discutido, (dese 1943) y habla de la posesión de Marco Tulio y su esposa en ese tiempo (fol. 62-3).

Manuel Fernández dice que desde seis años atrás (desde 1938) conoció a Marco Tulio y su esposa

establecidos en la finca anunciada, que entraron a ella cuando lo que ahora son sementeras eran potreros de pastos artificiales, y que por conocimiento personal y directo (no dice mediante qué circunstancia) le consta que los aludidos esposos, por su trabajo personal y a sus expensas, pusieron las mejoras ahora existentes; que durante esos seis años, hasta fines de 1944, poseyeron el lote quieta y pacíficamente. Repreguntado, hace aclaraciones que invalidan su testimonio, pues dá a entender que gran parte de cuanto ha dicho ha llegado a su conocimiento por referencias de Marco Tulio Alzate (fols. 68 y 69 C. 3).

En la primera instancia absolvió posiciones el demandado Alejandrino Alzate, pero negó que su hijo Marco Tulio hubiera sido dueño de las mejoras, y, en general, rechazó los hechos preguntados. Afirmó que ni Carlos Muñoz ni Marco Tulio Alzate han tenido derecho alguno en su finca de la cual hace 24 años es el dueño y poseedor absoluto (C. fls. 41-50).

En la segunda instancia solamente el demandante pidió y practicó pruebas.

En esta segunda instancia se recibió declaración a **Baldomero Castaño E.** El declarante reconoció el documento de contrato de arrendamiento celebrado entre él y Carlos Muñoz como apoderado de Marco Tulio Alzate y señora, sobre el lote objeto del juicio; pero advirtió que lo había firmado sin leerlo, y que como había recibido de Alejandrino Alzate el lote, para trabajarlo, creyó que se trataba de un contrato con éste, a quien, en consecuencia, rindió cuentas. Aclaración a todas luces reñida con la verdad; primero, porque no se concibe cómo pudo el arrendatario pasar inadvertida la activa intervención personal y la firma de Carlos Muñoz en el contrato; segundo, porque el documento en cuestión fué firmado el 15 de agosto de 1944 y en el mes de septiembre del mismo año Alejandrino Alzate y su mujer formularon demanda reivindicatoria contra Marco Tulio Alzate, su esposa y Marco Antonio Muñoz; y tercero, porque en el mismo mes, el 13 de septiembre, presentaron demanda de lanzamiento contra el mismo Marco Tulio Alzate en el Juzgado Municipal de Pijao (C. 4 fols. 104 a 6). Esto demuestra plenamente que no tenía Alejandrino la posesión ni la tenencia del lote y no podía, por tanto, hacerle entrega de él al declarante. Queda solamente en pie, de tal declaración, el reconocimiento que Castaño hizo de su firma y del contrato. El mismo Alejandrino Alzate dice en posiciones en la segunda instancia que fué su hijo quien colocó allí a Castaño (C. 4 fol. 72 vta).

Declaró también **Alejandro García,** quien ratificó su declaración extrajuicio, y dijo en síntesis: siete años atrás (1938) fuí al lote de terreno para un negocio y conocí a Marco Tulio Alzate y señora como poseedores; existían entonces las mejoras consistentes en casa de habitación y plantaciones, pero no sé quién las costeó; ellos poseyeron hasta 1944 el inmueble sin que nadie les perturbara la posesión; en el año citado (1944) Alejandrino Alzate le compró a Baldomero Castaño un documento que tenía para administrarlo; a éste le vendió Marco Tulio varias cosechas de café y por éso estuvo administrando el inmueble durante un lapso de año y medio; Baldomero Castaño entró en 1944 a administrarlo por contrato con Carlos Muñoz, administrador general de Marco Tulio y su esposa (C. 4 fol. 35).

Luciano Fernández declaró que como vecino conoce La Floresta hace más de 20 años, que la casa fué hecha hace unos 10 (en 1939 por tanto), que Marco Tulio y su esposa entraron hace más de diez años a tal lote, sin que él sepa en qué condiciones, pero que "es cierto que ellos —el matrimonio— mediante su propio esfuerzo y con dineros de su propio peculio, personalmente y asesorados por trabajadores y peones, plantaron, pues lo ví, las mejoras que allí existen actualmente, consistentes en casa de habitación, sementeras de café, plátano, sombrío y pastos". Añade, por haberlo visto, que poseyeron quieta y pacíficamente el inmueble desde hace diez años (desde 1939) hasta hace unos cuatro (1945), y que durante mucho tiempo Marco Tulio le vendió a él en Pijao el café ya seco (C. 4 fol. 44 vto. y 45).

En posiciones rendidas en esta segunda instancia, Alejandrino Alzate confiesa que fué su hijo Marco Tulio quien colocó en el lote discutido a Baldomero Castaño, y que éste lo recibió en arrendamiento, según el contrato comentado atrás (preguntas 5ª, 6ª y 7ª); pero insistió en que su hijo no era dueño de las mejoras, pues él las había puesto a sus expensas (C. 4 fols. 72 y 73).

Manuel de J. Londoño declara que conoce la finca por haber trabajado en ella por espacio de 18 años, y que estuvo administrando el lote en litigio antes de que Alejandrino se lo entregara a Marco Tulio, su hijo; que el padre era el único dueño y que esa entrega la hizo para que Marco Tulio disfrutara de unas mejoras de café, plátano etc. que habían sido plantadas por Alejandrino, sin que aquel hecho voluntario tuviera el carácter de donación o cosa parecida. No explica por qué le consta la naturaleza de tal acto, ni dice que hubiera estado presente cuando se convino la entrega y

que oyera de ambos alguna afirmación en el sentido anotado por él (C. 4 fol. 75 y 76). La declaración se rindió sin que se dejara constancia de la identificación del testigo. Luego aparece éste ante el mismo funcionario comisionado, ratificando una declaración anterior; en esta segunda ocasión dice que Alejandrino y su esposa le entregaron a Marco Tulio el terreno y que "en conversación amigable" que sostuvo con Alejandrino, éste le contó que le había cedido a su hijo un lote mejorado con café y casa, a fin de que se beneficiara de sus productos. Su dicho queda, pues, sin valor por referirse a simples manifestaciones de una de las partes (C. 4 fol. 78).

José Alberto Toro ratificó la declaración rendida en 21 de febrero de 1945, y sin dar mayor razón de su dicho manifestó que todas las mejoras fueron plantadas desde hace siete años (1938) por Marco Tulio y su esposa (C. 4 fol. 80).

Ricardo Hincapié vuelve a declarar en el sentido atrás expuesto y sobre simples informaciones (C. 4 fol. 81).

Alfredo Bedoya ratifica su anterior declaración. Dice que personalmente le consta, en forma directa, por haberlo presenciado, que Marco Tulio y su esposa plantaron las mejoras que enumera y edificaron la casa; que por espacio de ocho años, más o menos, han poseído el inmueble, ejercitando actos de dominio, plantando, sembrando, vendiendo los productos, etc. (Como la declaración ratificada es de 1945, la posesión data de 1937) (fol. 82 C. 4).

Obran en este mismo cuaderno las ratificaciones de las demás declaraciones rendidas en el ordinario de Alejandrino Alzate contra Marco Tulio y otros, examinadas anteriormente.

Existe también copia auténtica de la sentencia proferida por el Juzgado Municipal de Pijao, en el juicio de lanzamiento que Alejandrino Alzate instauró contra Marco Tulio el 13 de septiembre de 1944. Con ella se demuestra una vez más que por la época correspondiente al arrendamiento del lote a Baldomero Castaño, continuaba en posesión del mismo Marco Tulio Alzate, y que aquél no pudo haber recibido la tenencia de Alejandrino sino de su hijo (C. 4 fols. 104 a 106).

Las examinadas, además de los documentos públicos y diligencias de inspecciones oculares, son las únicas pruebas aportadas al juicio. Del examen minucioso de ellas se concluye que lejos de haberse desvirtuado la declaración bilateral contenida en el documento auténtico que firmaron Alejandrino y Marco Tulio Alzate, —que le dá a éste el carácter de dueño y poseedor de las mejoras existentes en 1943 en el lote en disputa—, resulta reforzado tal hecho, pues los testigos más dignos de crédito por el número y por la explicación de la razón de su dicho, llevan a concluír que esas mejoras las puso Marco Tulio Alzate a sus expensas, con la colaboración de su esposa, y que el lote lo entregó Alejandrino Alzate cuando apenas estaba cubierto de pastos artificiales. Pero esta entrega ocurrida por los años de 1937 a 1939, según propia confesión del demandado en los libelos de requerimiento y ordinario que se analizaron atrás, no afecta para nada a Marco Tulio Alzate en su carácter de ocupante como colono o cultivador del terreno baldío, condición ésta que ambas partes aceptan hasta la fecha de la adjudicación en 1941. No se probó que Marco Tulio hubiera ocupado el lote en simple tenencia, o para cultivarlo por cuenta de Alejandrino, pues, por el contrario, los testimonios indican que el primero ejerció verdadera posesión estableciendo mejoras para sí mismo y en su propio nombre, sin reconocimiento de dominio ajeno y sin necesidad de aprobación de nadie para la ejecución de los actos propios de dueño.

Concluye la Sala, pues, que está acreditado en el juicio, a favor de Marco Tulio Alzate, el carácter de cultivador o colono del terreno objeto del juicio, cuando era baldío en toda su extensión y antes de haber quedado comprendido dentro de la adjudicación que le hizo el Estado a Alejandrino Alzate. Por ende, dicha adjudicación no pudo perjudicar los derechos de aquél, ni produjo efectos en su contra.

El recurrente acusa también la sentencia por falta de apreciación o apreciación errada de las pruebas testimoniales del documento de diciembre de 1943 y de las escrituras de poder de Marco Tulio Alzate y esposa a Carlos Muñoz y de venta de éste en tal carácter a Marco Antonio Muñoz, y de éste a aquél.

Pero no se trata de que el Tribunal hubiera interpretado erradamente tales pruebas, porque ya vimos cómo partió de la base de que aún aceptando que Marco Tulio hubiera sido dueño de las mejoras en la fecha de la adjudicación del terreno a Alejandrino, éste había quedado como dueño del lote en tal virtud de aquélla, y el primero como ocupante con cultivos y mejoras en terrenos ajenos, de propiedad particular. Unicamente con el fin de establecer la condición indispensable para que la violación de dichos textos legales hubiera ocurrido, ha sido necesario examinarlas, como se explicó anteriormente. Y como ha quedado claramente demostrado que, en realidad, el Tribunal no podía aplicar al caso de autos el art. 739 del C.

Civil y que, en cambio, dejó de aplicar los arts. 65 del C. Fiscal y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917 que lo adicionan, procede casar la sentencia recurrida y entrar a proferir la que en derecho corresponde.

Sentencia de instancia

Tres cuestiones quedan por estudiar para la decisión de este litigio: 1) si el demandante es el cesionario legal de los derechos de Marco Tulio Alzate y su esposa, como cultivador y colono del lote disputado, al tiempo de sobrevenir la adjudicación en mayor extensión al demandado Alejandrino Alzate; 2) Si el colono o cultivador de un terreno baldío que ha perdido la posesión de sus mejoras tiene acción reivindicatoria para recuperarlas y, 3) si se cumplieron en este juicio, en caso afirmativo, los requisitos necesarios para la prosperidad de la acción reivindicatoria.

I. Carlos Muñoz es causahabiente a título singular de Marco Tulio Alzate y María Eva Sepúlveda de Alzate.

Por escritura pública Nº 341 de 2 de septiembre de 1944, Carlos Muñoz P., obrando como apoderado de los esposos Alzate-Sepúlveda, vendió a Marco Antonio Muñoz el dominio de todas las mejoras existentes en el lote de La Divisa, del paraje "La Floresta", por sus linderos específicos; el comprador, al aceptar la venta estuvo representado por Luis E. Sánchez, quien dijo obrar como "agente oficioso y plenamente autorizado por él". (Copia debidamente registrada obra a folios 1 y 2 del C. Nº 1).

Cabe observar que cuando tal escritura se otorgó, la posesión de las mejoras continuaban en cabeza de Marco Tulio Alzate, como lo demuestra el hecho de que en el mismo mes de septiembre de 1944 Alejandrino Alzate y su esposa formularon demandas de reconvención y lanzamiento contra aquél y su mujer (C. 1º fol. 8 y C. 4 fol. 104 a 6).

La condición de apoderado de los vendedores la estableció Carlos Muñoz P. con las escrituras números 200 y 296 de 23 de julio y 21 de agosto de 1944, otorgadas en la Notaría de Pijao. Por la primera, Eva Sepúlveda de Alzate otorga poder a Muñoz para que, entre otros actos, venda bienes pertencientes a la poderdante y reciba dinero; la escritura aparece en copia auténtica traída oportunamente y con nota de registro (C. 3 fol. 38). Por la segunda, Marco Tulio Alzate otorga poder similar a Muñoz; la escritura fué registrada el 19 de septiembre de 1944 en el libro Nº 2, como aparece de la copia auténtica que obra a folio 41 del C. Nº 3, pero conforme a la observación puesta allí mismo, consta que le faltan las firmas del notario y del apoderado. Marco Tulio Alzate ratificó expresamente el poder anterior y la venta que en ejercicio de él hizo Carlos Muñoz a Marco Antonio Muñoz, mediante escritura Nº 409 de 7 de marzo de 1949 otorgada en la Notaría 3ª de Armenia, traída a los autos en el término de prueba de la segunda instancia, con su nota de registro.

La eficacia del poder es indudable si se tiene en cuenta que el mandante señor Alzate lo ratificó expresamente en la escritura pública mencionada. Y sería válido aún sin esa ratificación, conforme a los artículos 1760 y 2149 del Código Civil. Válida por este aspecto resulta igualmente la venta (también expresamente ratificada por la misma escritura) que Carlos Muñoz hizo en ejercicio de ese mandato a favor de Marco Antonio Muñoz, mediante escritura pública debidamente registrada, cuyo número, fecha y notaría se dejaron expuestos.

En cuanto a la circunstancia de que el comprador no compareció, y en su lugar y sin mandato escrito aceptó la venta el señor Luis E. Sánchez, tampoco le resta valor al contrato, porque el mandato puede ser verbal y aún consistir en la simple aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra, como lo dice el art. 2149.

Marco Atonio Muñoz no solamente aceptó esa compra sino que con base en ella procedió luego a vender las mismas mejoras a Carlos Muñoz, según escritura Nº 473 de 23 de julio de 1946 de la Notaría 2ª de Calarcá. Con la ratificación expresa de tal mandato, verificada así un año antes de instaurarse la demanda de este juicio, desaparece todo interrogante respecto a la validez del contrato.

De esta manera, a favor de Carlos Muñoz ha quedado plenamente establecida la calidad de cesionario de los derechos de Marco Tulio Alzate y de su esposa sobre las mejoras que existían en el lote del litigio, al tiempo de serle adjudicado a Alejandrino un globo de terreno en mayor extensión. Consecuencialmente, le corresponden al primero todos los derechos que como colono y cultivador de ese terreno baldío tenía su antecesor Marco Tulio Alzate en la fecha de tal adjudicación, los cuales conservó a pesar de ella.

II. El colono o cultivador de un terreno baldío tiene acción reivindicatoria para recuperar la posesión perdida sin los requisitos del art. 12 de la

Ley 71 de 1917, o sentencia judicial conforme al art. 2º de la Ley 45 del mismo año.

Cuando el legislador otorga un derecho se debe entender que suministra también los medios de hacerlo efectivo, pues sin éstos se haría nugatorio aquél. El legislador reconoce expresa y categóricamente en los textos citados y en los arts. 47 del C. Fiscal y 10 de la Ley 71 de 1917 el derecho de los colonos o cultivadores de terrenos baldíos situados dentro de la extensión adjudicada por cualquier causa a un tercero, para conservar las extensiones cultivadas sin que el título de adjudicación de éste produzca efectos en su contra ni los inhabilite para obtener el reconocimiento y adjudicación de la parte del terreno que ocupen.

Por consiguiente, si el adjudicatario o un tercero cualquiera, que para estos efectos es lo mismo, se apodera ilegalmente de las mejoras del colono y de la tierra en que se hallan plantadas, ese colono o cultivador del baldío tiene acción reivindicatoria para que se le restituya la posesión de sus mejoras y cultivos. De no ser así habría que admitir que al adjudicatario del globo general dentro del cual se encuentran las mejoras aludidas se le transmite el dominio del lote explotado por el colono, quedando éste en imposibilidad de hacer efectivos los derechos que la ley le otorga. En tan extraño supuesto no tendrían razón de ser los artículos comentados, pues quedaría a voluntad del adjudicatario cumplir o no con los mandatos de las leyes 45 y 71 de 1917.

Por otra parte, al tenor del art. 947 del C. Civil, "pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles". Luego los cultivos, casa de habitación, pastos artificiales y mejoras en general, puestas en terrenos baldíos pueden ser objeto de esta acción, en su calidad de bienes corporales inmuebles por adhesión, conforme a los arts. 656 y 657 del mismo Código Civil.

III. Los requisitos de la acción reivindicatoria se encuentran satisfechos.

En efecto, del expediente aparece que mediante el dictamen de peritos y las inspecciones oculares practicadas en la primera y segunda instancias se identificó plenamente el lote determinado en la demanda y se comprobó que está dentro del globo de terreno adjudicado en 1941 a Alejandrino Alzate y poseído por éste (C. 4 fol. 94 y C. 3º fols. 64 y sigts., 22 a 24 y 72). El demandado ha aceptado y afirmado su calidad de poseedor del lote materia de la litis. Con las pruebas examinadas al estudiar el recurso, se estableció plenamente: primero, que Marco Tulio Alzate estuvo en posesión del terreno desde 1938 o 1939 hasta septiembre de 1944 por lo menos, fecha en que se formuló demanda reivindicatoria de Alejandrino Alzate contra aquél y su esposa; y segundo, que fué mediante la entrega sin facultad legal ni contractual que le hizo a Alejandrino el arrendatario del primero, señor Baldomero Castaño E., como el demandado entró en posesión de esas mejoras y del terreno ocupado por ellas, según lo acreditan el documento de arrendamiento reconocido por Castaño (C. 4 fol. 34), y las declaraciones de Alejandro García (C. 4 fol. 35), Miguel Toro, José Alberto Toro (C. 3 fols. 55, 58 y 59) y otros. Por otra parte, el mismo demandado confesó, en posiciones de la segunda instancia, que fué Marco Tulio Alzate quien colocó en ese terreno al arrendatario Castaño (C. 4 fol. 72 vta.). Además, las declaraciones analizadas al estudiar el recurso y el documento auténtico de promesa de compraventa de dichas mejoras, suscrito por Marco Tulio y Alejandrino Alzate, demuestran plenamente que el primero era dueño de ellas, que en tal calidad transfirió su dominio a su causahabiente a título singular, señor Marco Antonio Muñoz, y que éste a su vez, lo transfirió al demandante.

La mala fe de Alejandrino Alzate.

La mala fe del demandado es manifiesta, si se tiene en cuenta que llegó a la posesión del lote y mejoras anexas sin título legal ninguno y defraudando los derechos que la ley le otorga a Marco Tulio Alzate. Consta en autos que el arrendatario del demandante no tenía facultad legal ni contractual para entregar al demandado el lote en cuestión, pues inclusive expresamente se le prohibió subarrendar. No sobra advertir en términos generales que la simple creencia de poder recibir válidamente la posesión de manos de un arrendatario del dueño, constituye un error de derecho que hace presumir la mala fe del poseedor, sin que sea admisible prueba en contrario. Y aparte de que ninguna prueba de la buena fe del demandado ha sido presentada, figuran en autos las copias auténticas de las demandas de reivindicación y lanzamiento que por esos mismos días estaba intentando contra Marco Tulio Alzate, las cuales concluyeron con sentencia desfavorable al actor.

La sentencia de primera instancia

El señor Juez Civil del Circuito de Calarcá desató la litis mediante sentencia de 8 de febrero de 1949, por la cual rechazó la excepción propuesta de carencia de acción, y no accedió a las peticiones formuladas en la demanda. De dicho fallo apeló el apoderado del demandante.

Las razones que tuvo el señor Juez a quo para pronunciar su sentencia, son las mismas que se estudiaron y refutaron al analizar el cargo contra la sentencia de segundo grado del Tribunal Superior de Pereira, a saber: que las mejoras y cultivos puestos por Marco Tulio Alzate están situados dentro de la Hacienda La Floresta de propiedad del demandado, por haber obtenido éste en 1941 la adjudicación de ese predio como baldío; que por tanto aquél sólo tenía un crédito representado en las mejoras, ya que el poseedor con derecho de dominio sobre el terreno es el demandado; que, en consecuencia, las escrituras traídas al juicio no pueden otorgar derecho de dominio al actor para pedir la restitución de esas mejoras. De todo lo cual concluye declarando la inexistencia de la acción de dominio propuesta.

Es decir, incurre el señor Juez en la misma confusión ya explicada, de colocar al cultivador o colono de terreno baldío, cuya parcela queda comprendida dentro de un globo mayor adjudicado a un tercero por el Estado, en la misma situación del ocupante que después de dicha adjudicación planta mejoras en tierras ya por tal motivo de propiedad particular. El juzgador de primer grado ha desconocido así el claro sentido de los artículos 47 y 65 del C. Fiscal y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917 y 2º de la Ley 45 del mismo año, que se dejaron estudiados suficientemente.

La circunstancia de que en el documento de diciembre de 1943, contentivo de la promesa de compra-venta de esas mejoras entre Marco Tulio y Alejandrino Muñoz, se habla únicamente de dominio del primero sobre ellas y no sobre el terreno, no significa que el último sea el dueño de éste, sino que aquél no pretendía dicho dominio, siendo apenas cultivador o colono de tierras baldías, desprovisto de título de adjudicación. Y la manifestación de encontrarse esa parcela dentro del predio que es de propiedad del promitente comprador, no le dá derecho de dominio a éste sobre aquélla, ni implica la renuncia del carácter de colono correspondiente al promitente vendedor.

No tiene importancia la escritura Nº 254 de 12 de junio de 1932, otorgada en la Notaría Segunda de Calarcá y traída a los autos por el demandado, conforme a la cual la señora Magdalena Arcila, esposa de aquél, adquirió por compra a Rogerio Vásquez, una finca denominada La Floresta, la misma que luego se adjudicó como baldío a Alejandrino Alzate; porque habiéndose establecido plenamente, con el respectivo título de adjudicación en 1941, que dicho terreno era baldío, tal venta únicamente pudo recaer sobre las mejoras ubicadas en él. En consecuencia, la mencionada venta en nada puede afectar los derechos de Marco Tulio Alzate, y luego de sus causahabientes a título singular, sobre las mejoras y cultivos puestos por él cuando todavía conservaban esas tierras el carácter de bienes baldíos. Además, no aparece demostrado que dicha señora hubiera hecho traspaso de sus derechos al demandado, quien únicamente exhibe como título la mencionada adjudicación del Estado.

La excepción propuesta de "carencia de acción".

Cabe observar, en primer término, que ni la "carencia de acción", ni la "falta de derecho" del demandante constituyen excepciones perentorias, como es frecuente que lo aleguen los litigantes. La excepción perentoria es algo más que falta de derecho e inexistencia de la acción o de la obligación a cargo del demandado, condiciones éstas que miran a la pertinencia de las pretensiones incoadas y cuya falta conlleva su rechazo sin necesidad de entrar al estudio de las defensas del demandado, ya que corresponde al actor su prueba. La excepción perentoria es un hecho, distinto de los alegados por el demandante como fundamento de su derecho, y cuya comprobación simplemente deja sin bases y condenadas al fracaso las pretensiones del actor; hecho mediante el cual el demandado trata de demostrar: que el derecho, adquirido aparentemente, al menos, por el actor, en realidad nunca existió; o bien, que si nació, se extinguió por uno de los modos que la ley determina, o ya, finalmente, que no puede ejercitarse aún por mediar un término pendiente o una condición no cumplida. Es decir, excepción perentoria definitiva o absoluta, que tiende a destruír el derecho o a invalidar o desconocer su nacimiento; y excepción perentoria del juicio o temporal, que impide la eficacia de tal derecho en ese juicio, sin extinguirlo ni hacer imposible su ejercicio en nueva demanda, una vez vencido el término o cúmplida la condición.

Quiere decirse con ésto, que la "existencia de acción o de derecho" es un elemento necesario para

la prosperidad de las pretensiones del actor, a quien corresponde su prueba. De manera que si falta, procede desestimar la demanda de una vez, sin necesidad de entrar al estudio de las excepciones perentorias propuestas por el demandado o que simplemente aparezcan demostradas en autos (salvo la de prescripción que requiere expresa alegación).

El demandado en este juicio propuso al contestar la demanda la excepción de "carencia de la acción"; lo que en realidad equivale a afirmar que el demandante no tiene la acción reivindicatoria que ejercita. Pero de lo expuesto anteriormente se concluye que, contrariamente a tal afirmación, el actor sí tiene la acción reivindicatoria y ha demostrado todos los elementos necesarios para su prosperidad.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira con fecha 9 de noviembre de 1949, en el juicio ordinario de Carlos Muñoz P. contra Alejandrino Alzate, REVOCA la de primera instancia del señor Juez Civil del Circuito de Calarcá de fecha 8 de febrero de 1949, y en su lugar,

FALLA:

Primero.—El señor Carlos Muñoz P. es dueño de las mejoras existentes dentro del lote de terreno denominado "La Divisa", ubicado en la fracción de "La Floresta", jurisdicción del Municipio de Pijao, consistentes en una casa de habitación, sementeras de café y plátano, sombrío de guamo y pastos, cuyos linderos especiales son: "Partiendo de la punta de un alambrado a orillas del camino que gira para "Santa Helena", se sigue de para arriba hasta una vega, donde dá una vuelta el camino que gira para Santa Helena, lindero con mejoras de Alejandrino Alzate; se sigue de para arriba, lindando con mejoras del mismo Alzate; de aquí, de para abajo, hasta el camino que va para la Finaria, lindando con el mismo, donde hay un mojón al pie de un horcón; de aquí, se sigue hacia arriba, por la orilla del camino de La Finaria hasta un zurco de guamos, lindero con el mismo Alzate; de aquí, se sigue hasta la cuchilla donde hay un mojón de piedra, al pie de un arenillo; de aquí se sigue de para abajo por la cuchilla, hasta la punta de un alambrado, donde hay un chocho; de aquí se sigue por el alambrado abajo hasta su terminación; de aquí, se sigue a encontrar la punta de un alambrado, lindero con Alejandrino Alzate; de aquí se sigue hasta encontrar el camino que gira para Santa Helena; de aquí, se sigue a encontrar el primer mojón punto de partida".

Segundo. El demandado Alejandrino Alzate deberá restituír inmediatamente al señor Carlos Muñoz P. la posesión material de las mejoras y del lote de terreno donde se encuentran, determinado en el punto anterior.

Tercero.—Para los efectos de las prestaciones mutuas civiles de ley, declárase al demandado poseedor de mala fe. En consecuencia, condénase al mismo demandado a restituír los frutos que correspondan, de conformidad con el art. 964 del Código Civil, desde la fecha en que entró en posesión de dichas mejoras hasta el día de la restitución de su posesión material al demandante.

Costas en las instancias.

No hay lugar a costas en Casación.

Notifíquese, cúmplase, publíquese en los Anales, y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCIONES REIVINDICATORIA Y DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS.—LA ESTIPULACION POR OTRO NO ES VALIDA EN UN CONTRATO PROHIBIDO POR LA LEY, COMO ES EL DE COMPRAVENTA ENTRE EL PADRE Y EL HIJO DE FAMILIA.

No se concibe que la estipulación por otro pueda hacerse válidamente respecto de un contrato prohibido por la ley, cual es el de compraventa entre el padre y el el hijo de familia. A nada conduciría la prohibición del artículo 1852 del C. C., si pudiera un tercero estipular la compra para un menor con el padre del incapaz como vendedor, o con la madre como vendedora, cuando ella ejerce la patria potestad.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

En 1930, por la escritura 35 de 30 de abril, de la Notaría de Pradera, Licenia Reyes viuda de Espinosa vendió a Antonio Espinosa R., quien compró para sus hermanos menores Pedro Nel y Virginia, una casa situada en aquella ciudad.

En 1931, por la escritura 186 de 17 de abril, de la citada Notaría, los nombrados Licenia y Antonio, titulándose la primera madre legítima de Pedro Nel y Virginia, y el segundo tutor y curador de éstos, se constituyeron deudores solidarios de Ricardo Suárez R. de quinientos pesos, recibidos a mutuo para los menores expresados, y garantizaron la deuda con hipoteca de la casa referida.

Posteriormente, Licenia viuda de Espinosa y Antonio Espinosa R. revocaron la compraventa de 1930, por carecer de validez, volviendo a la vendedora el dominio del inmueble; declararon, con intervención de Suárez, sin valor el contrato de mutuo con hipoteca de 1931, y en favor de este señor constituyó Licenia hipoteca sobre la misma finca, para garantizarle un préstamo de mil pesos. Todo esto consta en la escritura 35 de 30 de octubre de 1932, de la misma Notaría.

Finalmente, por la escritura 46 de 14 de diciembre de 1932, también de Pradera, Licenia Reyes viuda de Espinosa vendió a Ricardo Suárez R. la casa mencionada, con su terreno, quedando cancelada la deuda hipotecaria constituída por la escritura 35 de 1932.

Fundándose en tales hechos, en la posesión material de Suárez y en que Licenia viuda de Espinosa tenía, en abril de 1930, la representación legal de sus hijos Pedro Nel Espinosa y Virginia Reyes, éstos demandaron, en julio de 1947, a Suárez R., para que se declarase su mejor derecho a la finca expresada y, consecuencialmente, se condenara al demandado a restituírsela, con sus frutos, y se decretara la nulidad de todos los contratos que constan en las escrituras otorgadas en 1931 y 1932, ya citadas.

El Juzgado 2º Civil del Circuito de Palmira falló el negocio el 17 de mayo de 1948, haciendo todas las declaraciones pedidas en la demanda; pero el Tribunal Superior de Cali, quien conoció a virtud de apelación del demandado, revocó ese fallo y absolvió a Suárez de todos los cargos, en sentencia de 28 de febrero de 1949.

El recurso.—Los actores recurrieron en casación, formulando contra la sentencia del Tribunal dos cargos, fundados en el primer motivo del artículo 520 del C. J., a saber:

Primer cargo.—Violación directa del artículo 53 de la ley 153 de 1887, por aplicación indebida o interpretación errónea.

Se funda: En que el sentenciador dijo que: "... antes de la ley 45 de 1936, la madre natural no tenía la representación legal de su hijo menor de edad. Tal representación estaba consagrada únicamente en favor del padre legítimo, o de la madre legítima a la muerte de aquél".

Dice el recurrente que lo aseverado en el segundo miembro del párrafo transcrito "es absolutamente falso", porque "el padre legítimo no tenía la representación del hijo natural", quien antes de la ley 45 carecía prácticamente de "representación legal alguna, ni por parte del padre, ni por parte de

la madre, y precisamente la ley 45 de 1936, vino a llenar este vacío, porque no era justo que se tolerara tan flagrante injusticia social".

Las demás consideraciones del recurrente giran todas alrededor de la misma tesis: que el juzgador "confundió la representación del hijo natural con la del hijo legítimo"; que su "enunciado entra hablando de la representación del hijo natural y termina dando las reglas de la representación del hijo legítimo".

Segundo cargo.—Violación por "infracción directa o por lo menos... interpretación errada" del artículo 1506 del C. C.

Razona así el recurrente: "Cuando, en la escritura 35 de 1930, Antonio Espinosa dijo comprar para sus hermanos menores el inmueble objeto del pleito, ejercitó el derecho consagrado en el artículo 1506, o sea el de estipulación por otro, y como aquél estipuló con la madre de tales menores, que fue la vendedora, quien tenía la representación legal de Pedro Nel, su hijo legítimo, ella dio "por aceptado o consentido tácitamente el contrato en nombre de su menor hijo, y como consecuencia, el bien inmueble, materia del mismo contrato, entró de pleno derecho al patrimonio de Pedro Nel Espinosa R., y el acto o contrato no podía revocarse posteriormente".

Y agrega que Antonio Espinosa compró para sus dos hermanos menores, con intervención de la madre legítima de Pedro Nel, madre natural a la vez de Virginia; y por la escritura 186 de 1931, los estipulantes hipotecaron en favor de Suárez el inmueble de los menores, "reconociendo inequívocamente, expresamente que el bien raíz es de los menores citados", reconocimiento que conlleva por parte de la madre "aceptación tácita del contrato, ya que el mismo texto legal citado, dice, que constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato". De donde concluye que "el acto jurídico de revocación del primitivo contrato es nulo y con él, todos los posteriores que subsiguieron y de que hay memoria en autos".

Se considera:

El recurrente ha interpretado equivocadamente los conceptos del Tribunal. Este parte de la base de que, con las partidas eclesiásticas, está acreditado que Pedro Nel y Virginia son hijos de Licenia viuda de Espinosa, legítimo el primero, y natural la segunda; y que el padre de Pedro Nel había muerto cuando celebróse la compraventa que consta en la escritura 35 de 1930. Y combate luego la tesis del actor, que ya quedó expuesta y que es también la del juez de instancia.

El Tribunal no la acepta: 1º Porque "antes de la ley 45 de 1936, la madre natural no tenía la representación de su hijo menor de edad. Tal representación (la del hijo menor) estaba consagrada únicamente en favor del padre legítimo (sobre sus hijos legítimos), o de la madre legítima a la muerte de aquél. Aquí Virginia Reyes aparece como hija natural de la señora Reyes viuda de Espinosa. Esta no era pues su representante legal".

Con esos paréntesis, que son de la Sala, no indispensables por cierto, queda claro el sentido del concepto del juzgador, quien no ha dicho que el padre o la madre legítimos tuvieran la representación de sus hijos naturales, antes de la vigencia de aquella ley.

2º Porque "si la señora Reyes v. de Espinosa, a la vez que vendía, aceptaba para sus hijos menores como representante legal de ellos, y ya se vio que no lo era de su hija natural, infringía la disposición del artículo 1852 del Código Civil que declara nulos los contratos de venta entre cónyuges no divorciados y entre el padre y el hijo de familia. No podía pues ella, siendo vendedora, representar a sus hijos menores en la aceptación del contrato de venta".

Nada encuentra la Sala en estas ideas del Tribunal que no se ajuste a derecho. Y el ataque del recurrente a la primera razón indicada sólo se explica, como ya se dijo, por una errada interpretación de las palabras de aquél.

En cuanto al segundo argumento del sentenciador, aparece tan irrebatible que la Sala va aún más lejos, pues en el caso en estudio ni siquiera es legalmente posible la estipulación por otro. No se concibe que ésta pueda hacerse válidamente respecto de un contrato prohibido por la ley, cual es el de compraventa entre el padre y el hijo de familia. A nada conduciría la prohibición del artículo 1852 del C. C. si pudiera un tercero estipular la compra para un menor con el padre del incapaz como vendedor, o con la madre como vendedora, cuando ella ejerce la patria potestad.

Pero ni aún admitiendo, en gracia de discusión, la licitud de la venta entre el padre y el hijo de familia, podría sostenerse que la estipulación que en favor de sus hermanos Pedro Nel y Virginia hizo Antonio Espinosa por la escritura 35 de 1930, quedara con sello de irrevocable por la sola circunstancia de ser la vendedora representante legal de tales menores (si lo fuera de ambos), pues ella dio su consentimiento para vender, no para comprar. Tan-

to es así que hubo de recurrir a un tercero para que estipulara en favor de sus hijos, lo que está demostrando que la madre vendedora no representó, ni podía representar a éstos como compradores. Si los hubiese representado, no sería el caso de estipulación a favor de otro, sino el de venta directa de la madre a sus hijos menores, porque —como lo ha dicho la Corte en casación— "la estipulación por otro, a que alude el artículo 1506 del C. C., excluye por esencia toda idea de representación". (G. J., XXX, 59, y LVII, 430). Ni son admisibles jurídicamente posiciones ambiguas como ésa, en que la madre vende a sus menores hijos y a un mismo tiempo acepta para ellos. No hay, no puede entonces haber concurso real de voluntades, indispensable para la existencia del contrato.

Ni vale argumentar que la compra para los menores, estipulada por Antonio Espinosa, fue aceptada por la madre de éstos, como su representante legal, cuando ella, en 1931, reconoció pertenecerles la finca, la cual hipotecó como de propiedad de sus hijos al demandado, pues, en primer lugar, es claro que si el pretendido consentimiento de Licenia de Espinosa en nombre de sus hijos no existió en el acto de la compraventa, por las razones ya expuestas, tampoco podía existir posteriormente, siendo ella la vendedora; y, en segundo lugar, si es absolutamente nula la venta del padre (o de la madre) al hijo de familia, sería absurdo que pudiera revalidarse por voluntad del mismo padre vendedor. Lo que ocurre en el caso *sub judice* es que ni hubo venta, porque los menores carecieron de representante, ni hubo estipulación por otro, al menos a favor de Pedro Nel, porque éste era menor y la promitente fue su madre legítima. Y si la estipulación fue válida respecto de Virginia, hija natural de la vendedora, quien no tenía entonces (1930) su representación legal, podía ser revocada, como lo fue, por el mutuo consentimiento de los contratantes, antes de que hubiera mediado la aceptación legal, expresa o tácita, de la beneficiaria. El reconocimiento posterior de Licenia de Espinosa de pertenecer a sus hijos el inmueble, no significó aceptación de la venta en nombre de Virginia, porque emanó de persona que no tenía legalmente la representación de ella.

También dijo el Tribunal refiriéndose a la venta hecha por Licenia de Espinosa a Antonio Espinosa, quien la aceptó para los hijos menores de aquélla, que "la única aceptación válida" de esa estipulación por otro "sería la que sobreviniera por parte de los nombrados menores cuando éstos alcanzaran su mayor edad o fueran emancipados y dejaran, por lo tanto, de ser hijos de familia...".

Estas palabras del sentenciador dan pie al recurrente para otro reparo, pensando que con ellas se excluyó la posible aceptación de la venta por un representante legal de los menores (su madre o un guardador).

Si hubiera errado el Tribunal en ese concepto, el error no habría incidido en la parte resolutiva de la sentencia, para la cual era indiferente. Pero el recurrente toma demasiado al pie de la letra aquello de "la única aceptación válida", expresión que el juzgador empleó sin el ánimo de excluir de ese derecho a los representantes legales, quienes indudablemente pueden aceptar una legítima estipulación a favor de sus representados. Al expresarse así, el Tribunal tuvo en consideración que los menores tenían madre viva y que la aceptación de ésta carecía de eficacia, por las razones ya expuestas. No contempló la posibilidad de que, faltando la madre o perdiendo ella la patria potestad, pudiera nombrarse a aquéllos un guardador.

No prosperan, pues, los cargos referidos, únicos que se han formulado.

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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali con fecha veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve.

Se condena al recurrente en las costas del recurso.

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

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez.

Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda.

Hernando Lizarralde, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION PENAL

REQUISITOS DE LAS DEMANDAS DE CASACION

Como repetidas veces lo ha sostenido la Corte, los requisitos de una demanda de casación, o sean los exigidos por el artículo 531 del Código Judicial, en atención a lo prescrito por el artículo 7º del estatuto procesal penal, son:

a) La síntesis de los hechos que constituyen el tema del debate;

b) La determinación de la causal en que el recurso se sustente;

c) Los fundamentos jurídicos de la causal alegada; y

d) La referencia de las normas legales que crean fueron violadas en el fallo.

De tal suerte que, para que prospere el estudio de una causal, es necesario que el recurrente, en su respectivo libelo, no sólo enuncie claramente la causal alegada, sino que demuestre racionalmente los fundamentos de ella y las disposiciones que considera violadas, pues quien formula una demanda de casación, debe sujetarse a las normas que para tal fin ha fijado la ley. No basta enunciar la causal, sino que es necesario demostrarla. Si el recurso extraordinario de casación "es una crítica a la sentencia", lo natural es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado; en una palabra, 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.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

En sentencia de 18 de diciembre del año próximo pasado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, condenó a *Rafael Aranguren Luna* a la pena principal de tres años de presidio, como responsable del delito de robo.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación el señor defensor del procesado, doctor Luis Eduardo Gutiérrez Santos, quien oportunamente presentó un escrito encaminado a sustentar el recurso, pero sin ajustarlo a la técnica que éste requiere, pues ni siquiera señala expresamente cuáles son las causales de casación que se pretende invocar.

En efecto el demandante se limita a hacer afirmaciones abstractas, sin emprender el correspondiente análisis de las pruebas ni de las normas legales pertinentes; y omitió señalar cuáles eran las disposiciones legales violadas por el Tribunal en la sentencia recurrida en casación.

Unicamente al final de su escrito solicita que se case la sentencia recurrida, "por violación de la ley y una errada interpretación de los hechos".

Parece, pues, que se refiere a las causales primera y segunda de casación, pero sin hacer estudio a fondo sobre ellas, ni tratarlas separadamente.

Dos cuestiones plantea el recurrente en su escrito:

Que hubo error en la denominación jurídica del delito, por cuanto el hecho punible cometido por el procesado fue un hurto y no un robo, como lo apreciaron los juzgadorse de instancia; y que Aranguren Luna delinquió en estado de necesidad.

El primer cargo, sobre el cual no se hace el menor análisis demostrativo, sería propio de la causal 4ª de casación, por nulidad constitutiva de error en la denominación jurídica del delito, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 198, numeral 8º del Código de Procedimiento Penal. Pero el demandante ni siquiera implícitamente se refiere a dicha causal cuarta, por lo cual ésta no podrá tenerse en cuenta (artículo 568 del mismo estatuto).

En cuanto al segundo cargo —estado de necesidad— el demandante se redujo a sugerirlo, pero sin hacer un estudio a fondo del problema. Hay, pues, sustracción de materia para un debate de casación.

La lectura del escrito del demandante hace que la Sala se contente con recordar lo que repetidas veces ha sostenido en lo referente a los requisitos que requiere una demanda de casación, o sean los exigidos por el artículo 531 del Código Judicial, en atención a lo prescrito por el artículo 7º del estatuto procesal penal:

a) La síntesis de los hechos que constituyen el tema del debate;

b) La determinación de la causal en que el recurso se sustente;

c) Los fundamentos jurídicos de la causal alegada; y

d) La referencia de las normas legales que se crean fueron violadas en el fallo.

De tal suerte que para que prospere el estudio de una causal, es necesario que el recurrente, en su respectivo libelo, no sólo enuncie claramente la causal alegada sino que demuestre racionalmente los fundamentos de ella y las disposiciones que considera violadas, pues quien formula una demanda de casación debe sujetarse a las normas que para tal fin ha fijado la ley. No basta enunciar la causal sino que es necesario demostrarla. Si el recurso extraordinario de casación "es una crítica a la sentencia", lo natural es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado, en una palabra, 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. Que es precisamente lo que acontece en el caso a estudio, razón por la cual aquélla no puede prosperar, pues el escrito de que se ha venido hablando no sirve de fundamento a un recurso extraordinario de casación —como ya se dijo— pues no es una demanda que permita un estudio de esta naturaleza, ya que no da materia para revisar el fallo recurrido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— visto el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal 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, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello, Secretario.

CUANDO PUEDE HABER LUGAR AL CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

La Corte ha considerado que el criterio que debe adoptarse para conceptuar favorable o desfavorablemente sobre un cambio de radicación, estriba en la conveniencia del Estado y de la sociedad para que la justicia no sufra quebranto y se administre legal y equitativamente; conveniencia que puede fundarse en hechos o circunstancias que en alguna forma, bien directa o indirectamente, puedan influir en los resultados de la investigación con menoscabo de los intereses sociales o del procesado. Cuando existe esta posibilidad, el derecho consagrado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia para que se opere el cambio de radicación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Ministro de Justicia ha enviado a la Corte la solicitud de cambio de radicación del proceso seguido contra *Luis A. Barón Vargas*, por el delito de homicidio en la persona de Rafael Prato Hernández, adscrito al Juzgado Tercero Superior de Cúcuta, petición hecha por el doctor José Javier Muñoz Bello, apoderado del procesado Barón Vargas.

La Sala debe dar su concepto al tenor del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

El doctor Muñoz Bello, presenta como fundamento de su petición, los siguientes hechos:

"a) El occiso, señor Rafael Prato Hernández, tiene a sus familiares y amigos en la ciudad de Cúcuta, quienes reaccionaron en forma violenta contra Luis A. Barón Vargas, sindicado de la muerte, y su vida corrió grave peligro hasta tal punto que tuvo que ser amparado por las fuerzas del Ejército Nacional acantonado en ese lugar;

"b) Que a pesar de que los funcionarios de instrucción tomaron todas las medidas que estuvieron a su alcance, no fueron suficientes para salvaguardiar la vida del sindicado Barón Vargas y fue necesario hacerlo trasladar a la ciudad de Bogotá, donde quedó detenido en la Prefectura Nacional de Seguridad a órdenes de los Jueces de Cúcuta;

"c) Que la muerte de Rafael Prato Hernández causó gran revuelo social y periodístico en la ciudad de Cúcuta y en efecto se creó para el sindicado una atmósfera de prejuicio en contra de Barón Vargas;

"d) Que por los hechos anteriores, sería imposible administrar justicia en ese lugar, ya que el sindicado no gozaría de las prerrogativas legales, estaría coaccionado y en peligro inminente de su vida; la defensa tampoco podría ejercerse ampliamente y aún los jueces populares no tendrían absoluta libertad de pronunciar sus fallos, y,

"e) El señor Luis Felipe Prato Hernández, hermano del occiso, es miembro de la Policía Nacional de ese lugar, en su calidad de Alférez, motivo por el cual la reacción de la familia Prato y sus amigos tendría más vigor".

La petición está acompañada de los siguientes documentos:

a) Un certificado expedido por el señor Juez Tercero Superior de Cúcuta en el cual consta que en su Despacho se encuentra cursando el proceso contra Luis A. Barón Vargas, por el delito de homicidio en la persona de Rafael Prato Hernández; que el Juez, por el conocimiento personal que tiene con los parientes del occiso Prato Hernández, "cree que la vida del sindicado podría correr peligro. Habiendo además constancia en los autos de que durante la investigación se tomaron determinadas medidas para salvaguardiar la vida del sindicado Barón Vargas. Cree el Juez, igualmente, y por las expuestas razones que la defensa del sindicado Barón Vargas podría verse afectada por amenazas o influencias perjudiciales para la buena administración de justicia".

b) Un certificado del señor Juez Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, en el cual consta que fue comisionado por la Gobernación del Departamento del Norte de Santander para adelantar la investigación por el delito de homicidio en la persona de Raafel Prato Hernández; que la referida investi-

gación revestía caracteres de suma importancia, "por ser la víctima miembro de la familia Prato que goza de estimación social y política en esta capital y poblaciones circunvecinas, y por este aspecto la ciudadanía en general y la prensa hablada y escrita, se ocuparon con mucho interés de este asunto; que como medida de seguridad "no sólo para la investigación, sino para la integridad personal del sindicado Luis A. Barón Vargas, perteneciente al Cuerpo de Detectives Nacionales y por no haber establecimiento adecuado en esta ciudad para mantenerlo vigilado, el suscrito Juez se dirigió telegráficamente a la *Jefatura Nacional del Detectivismo* con fecha de 24 de septiembre último para su respectivo traslado de Barón a la ciudad de Bogotá";

c) **Un certificado del señor Fiscal del Juzgado** Tercero Superior de Cúcuta, en el cual consta que por motivo del homicidio en la persona de Prato Hernández, hubo una grave alarma social y la prensa hizo despliegue de titulares y noticias; que es evidente que la vida del procesado Barón Vargas corre peligro en la ciudad de Cúcuta y que en caso de que dicho sindicado regrese a esa ciudad, sería motivo de represalias, "así como en la audiencia pública, en caso de realizarse aquí, podría presentarse intento de coacción sobre los jueces"; finalmente, considera el Fiscal "más conveniente para la mejor administración de justicia, el cambio de radicación del proceso";

d) Un certificado del Jefe de la Seccional de Investigación Criminal de Cúcuta, en el cual hace constar lo siguiente:

"Que tales hechos ocasionaron protestas en la prensa y radioperiódicos;

"Por comentarios, tuve conocimiento que el sindicado Barón Vargas fue amenazado y corrió grave peligro su vida inclusive estando custodiado en el Cuartel del Batallón Santander Nº 15;

"Al ser capturado Barón Vargas en esta ciudad podrían presentarse represalias y brotes violentos contra él;

"Por el ambiente que hubo en el tiempo de los hechos y por el actual, considero no debe trasladarse a Cúcuta al sindicado Barón Vargas, ya que se podrían presentar venganzas de parte de los familiares y amigos de la misma familia".

Se considera:

El cambio de radicación de un proceso criminal se funda en lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, y el motivo se deduce —en el caso a estudio— del hecho de haberse formado en torno al procesado una atmósfera adversa que puede restar independencia a los funcionarios que intervienen o pueden intervenir en el proceso.

La Corte ha considerado que el criterio que debe adoptarse para conceptuar favorable o desfavorablemente sobre un cambio de radicación, estriba en la conveniencia del Estado y de la sociedad para que la justicia no sufra quebrantos y se administre legal y equitativamente; conveniencia que puede fundarse en hechos o circunstancias que en alguna forma, bien directa o indirecta, puedan influir en los resultados de la investigación con menoscabo de los intereses sociales o del procesado. Cuando existe esta posibilidad, el derecho consagrado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia para que se opere el cambio de radicación.

Los documentos presentados por el peticionario, todos provenientes de funcionarios públicos, si bien es cierto que no establecen que el homicidio que se le imputa al señor Luis A. Barón Vargas, tuviera móviles políticos, sí están revelando que, en realidad de verdad, por haber sido la víctima persona de alguna prestancia social y probablemente política en la ciudad de Cúcuta, existe en contra del victimario un clima propenso a entorpecer la recta administración de justicia en el proceso que allí se sigue contra dicho sujeto.

Por otra parte, bien pudiera pensarse que ese ambiente no sería motivo que influyera en los jueces de derecho para quebrantar los postulados de la moral y de la ley, pero, como en este proceso, por la naturaleza del delito —homicidio— han de tener intervención jueces populares, cuyos cargos pueden recaer en personas que —dadas las circunstancias de que hablan las pruebas traídas— se vieran influenciadas por ciertas consideraciones que les impidieran obrar con la imparcialidad que les exige la sociedad y la ley.

Y si a lo anterior se agrega que el procesado no puede permanecer en la ciudad de Cúcuta, lugar del proceso, porque su vida corre peligro, es obvio que el cambio de radicación solicitado se hace más apremiante en defensa de la integridad personal del reo y para mayor amplitud en el derecho que la ley otorga para defenderse.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación del proceso adelantado contra el señor Luis A. Barón Vargas, por el delito de homicidio en la persona del señor Rafael Prato Hernández.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL.—NULIDAD POR NO HABERSE NOTIFICADO EN DEBIDA FORMA EL AUTO DE PROCEDER. — NULIDADES CONSTITUCIONALES. — AUNQUE DURANTE EL JUICIO LA INICIATIVA PRINCIPAL PARA LA PRACTICA DE PRUEBAS CORRESPONDE A LAS PARTES, NO CESA TOTALMENTE LA OBLIGACION DEL JUEZ DE DECRETAR OFICIOSAMENTE LAS QUE CONSIDERE CONDUCENTES AL ESCLARECIMIENTO DE LOS HECHOS

1.—El contenido de la parte resolutiva del auto de proceder, de que habla el artículo 431 del C. de P. P., es propio del auto de proceder de primera instancia, y no del de segunda, en aquellos casos en que el enjuiciamiento del inferior es confirmado por el superior.

2.—Como lo dio la Corte, en sentencia de 18 de julio de 1945 (G. J., Tomo LIX, pág. 962): "...Omitida la notificación del auto de proceder, si posteriormente se hace al procesado otra notificación personal en el mismo juicio, se establece una presunción en contra de él, de que, al notificarse, necesariamente tiene que conocer el auto de proceder. Si esta nulidad no fuere subsanable por la notificación personal, posteriormente a dicho acto, se establecería una prerrogativa ilimitada en favor del sindicado, con menoscabo de los intereses de la ley y de la sociedad. En tales circunstancias, el procesado callaría el hecho generador de la nulidad, para alegarlo en cualquier momento, antes de dictarse la sentencia, con lo cual se establecería un caso de 'fraude a la ley' ".

3.—De acuerdo con nuestras normas constitucionales y procedimentales, a nadie puede juzgarse sin darle amplias oportunidades de defenderse de los cargos que se le hayan imputado. Y los medios encaminados a lograr esa finalidad, no son otros que los de oírlo en el curso del proceso y recogerle las pruebas que tiendan a destruir o atenuar esas imputaciones. La ley procedimental establece que el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo los hechos y circunstancias que acrediten y agraven la responsabilidad del acusado y también los que eximan de ella, o la extingan o atenúen (artículo 295 del C. de P. P.).

Muy acertado es el comentario del representante del Ministerio Público, al decir: "Uno de los fines específicos del proceso penal, es el de establecer la verdad material, histórica o efectiva de los hechos punibles. Y esa investigación domina a través de todo el negocio, en sus dos fases correspondientes al sumario y al juicio. En el primero, es más intensa la búsqueda de la verdad, y ello queda a cargo del funcionario de instrucción y del Ministerio Público. En el juicio, la iniciativa principal se le asigna a las partes, pero sin que cese la obligación del Juez de velar por los objetivos de la investigación y de tutelarle a cada una de ellas sus respectivos derechos. Por eso, durante el debate el Juez puede decretar oficiosamente pruebas conducentes al 'esclarecimiento de los hechos' (artículos 450 y 472 del C. de P. P. y debe ordenar y llevar a término, sin demora, aquellas que le pidan las personas que intervienen en el proceso (artículos 477, 450 y 451 ibidem)".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre cinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de fecha trece de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a Eduardo Mendoza Reyes como responsable de la muerte de Nayib Waked, a la pena principal de ocho años de presidio, a las penas accesorias correspondientes y al pago de la suma de veintiseis mil pesos ($ 26.000.00) moneda corriente, por concepto de los perjuicios materiales y morales causados por la infracción.

Contra este fallo se interpuso el recurso de casación y el doctor Luis Caro Escallón, como apoderado del procesado, formuló la respectiva demanda, invocando las causales cuarta y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos. — De autos aparece, que en la ciudad de Tunja, el señor Eduardo Mendoza Reyes tenía un taller de reparación de radios y venta de artículos de electricidad y en la misma ciudad, el señor Nayib Waked, tenía un establecimiento de la misma especie. Esta circunstancia, dio lugar a que entre dichos señores surgieran rivalidades de orden comercial, pues Waked hacía propaganda a su negocio por medio de avisos radiales en estos o parecidos términos: "No hay malos radios; lo que hay son malos técnicos. Mande arreglar su radio al taller de Nayib Waked...". Parece que Mendoza Reyes interpretó este aviso en el sentido de que se quería desacreditar su taller y sus habilidades técnicas y sucedió, que la señora Elena Plazas de Pérez llevó un radio al establecimiento de Waked para su reparación, la cual se llevó a cabo. Pero más tarde sufrió un nuevo daño y entonces, lo llevó al taller de Mendoza Reyes, pero como se demorara la reparación, lo retiró como estaba y lo llevó al taller de Waked, quien al examinarlo le informó a la señora Plaza de Pérez que tenía tres tubos fundidos, lo que se le hacía extraño, por cuanto que técnicamente no era posible que se fundieran al mismo tiempo tres tubos del mismo radio, pues al dañarse el primero, surgía la desconexión del circuito y los demás tubos quedaban sin trabajo, que cuando más podían fundirse a la vez dos tubos del mismo radio. Le agregó, que por haber arreglado él ese radio, sabía que tenía tubos marca "Philips" y ahora presentaba tubos de otra marca, lo que indicaba que los tubos habían sido cambiados; y como la señora dijera que no lo había tenido en reparación sino en los talleres de Mendoza Reyes y de Waked, éste le aconsejó que hiciera el reclamo correspondiente. La señora Plaza de Pérez, quiso en un principio demandar a Mendoza Reyes, pero luego resolvió entenderse personalmente con él y hacerle sus reclamos, ante lo cual el precitado Mendoza Reyes decidió entrevistarse con Waked para aclarar el asunto y el mismo día, diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, se dirigió al taller de dicho sujeto y como no lo encontrara, volvió un poco más tarde y al verlo llegar al establecimiento, se le acercó y le pidió epxlicaciones sobre las informaciones de la señora Plaza de Pérez y como seguramente Waked se ratificó en sus apreciaciones y surgieron entre ellos frases ofensivas, Mendoza Reyes sacó su revólver y disparó por dos veces contra el citado Waked, causándole lesiones que le produjeron la muerte.

Actuación procesal

La investigación del hecho antes narrado, se adelantó en la ciudad de Tunja, pero más tarde el proceso se radicó en el Distrito Judicial de Bogotá y correspondió en el reparto al Juez 4º Superior de esta ciudad, quien por auto de fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, abrió causa criminal contra Eduardo Mendoza Reyes por el delito de homicidio en la persona de Nayib Waked. Contra esta providencia se interpuso el recurso de apelación y el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de autos fechados el diez y siete de agosto y veinticinco de septiembre del mismo año de mil novecientos cuarenta y seis, la confirmó reformándola en el sentido de otorgar al procesado el beneficio de excarcelación provisional.

El negocio fue devuelto al Juez del conocimiento con fecha cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y seis, pero en el incendio del Palacio de Justicia ocurrido el día nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, desapareció o fue destruído por el fuego. En estas circunstancias, el Juez 4º Superior, en obedecimiento a lo dispuesto por el Decreto número 1897 de cuatro de junio del año antes citado, ordenó su reconstrucción, comisionando para tal efecto al Alcalde de la ciudad de Tunja, pero como el representante de la parte civil presentara al señor Juez 4º Superior, copias del auto de proceder de primera y segunda instancias, aquel Juez las sometió a reparto, habiéndole correspondido el asunto al Juez 3º Superior, quien con base en ellas y siguiendo las prescripciones del mencionado Decreto, ordenó pedir las diligencias que adelantaba el Alcalde de Tunja, notificar el auto de proceder de segunda instancia y seguir la tramitación del juicio, de ahí en adelante.

Reunido el Jurado para resolver sobre la responsabilidad de Eduardo Mendoza Reyes por el homicidio en la persona de Nayib Waked, le fueron presentados los cuestionarios siguientes:

"*Cuestión primera*: ¿El acusado *Eduardo Mendoza Reyes* es responsable, sí o nó, de haber dado muerte al señor *Nayib Waked* por medio de lesiones de naturaleza mortal causadas con arma de fuego de pequeño calibre (revólver), hecho que tuvo ocurrencia en las últimas horas de la tarde del día diez y ocho de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, dentro del perímetro urbano de la ciudad de Tunja?".

El Jurado contestó: "Sí".

"*Cuestión segunda*: ¿En el momento de cometer el hecho a que se refiere la cuestión anterior, el acusado *Eduardo Mendoza Reyes* obró, sí o nó, en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación?".

El Jurado respondió, por mayoría: "Obró en estado de ira ocasionada por grave provocación".

Corresponde hacer el estudio de las causales de casación invocadas por el actor, lo cual se hace en el orden en que éste las presenta.

Causal cuarta.—Nulidad del juicio

La Procuraduría Delegada en lo Penal, sintetiza los motivos alegados por el demandante, en relación con esta causal, en la siguiente forma:

"1º La copia del auto de proceder de segunda instancia que se trajo a los autos para reconstruir el presente negocio —cuyo original se quemó durante los sucesos del 9 de abril de 1948— "no fue expedida por ningún secretario, ni mucho menos por el Secretario del Tribunal Superior de la Sala Penal de Bogotá; ni siquiera por ninguno de los empleados de este Tribunal, como lo comprueba la certificación acompañada del señor Presidente de dicha entidad.

"Aún más: la copia en mención no fue tomada de los copiadores de que trata el artículo 162 del Código de Procedimiento Penal, al tenor de la exigencia del artículo 8º del Decreto-Ley número 1897 de 1948, sobre reconstrucción de procesos penales.

"Por lo tanto —dice el demandante— estamos a presencia de un juicio penal donde jurídicamente no existe auto de proceder, y es claro que éste es el motivo de nulidad más evidente que pueda imaginarse u ofrecerse.

"2º El cuestionado auto de proceder, transcrito en la presente copia, no menciona en su parte resolutiva el delito materia del debate, ni el capítulo y Título correspondientes del Código Penal, como lo ordena la ley procedimental (artículo 431).

"Y es sabido que, 'en todo caso constituye causal de nulidad no mencionar el delito en la parte resolutiva del auto de proceder; o inclusive, mencionándolo, omitir en la misma parte resolutiva el capítulo y el título del Código Penal.

"En una palabra, se impone la nuliad de lo actuado, 'por inexistencia del auto de proceder'.

"3º No haberse notificado al procesado Eduardo Mendoza Reyes el auto de proceder, pues la notificación que se le hizo de la providencia de segunda instancia fue viciosa, ya que se refirió al auto de 17 de agosto de 1946 —confirmatorio del de primer grado—, y no al de 25 de septiembre siguiente, que repuso el anterior'. El Tribunal aparece en la presunta copia dictando *dos providencias, la segunda de las cuales repuso a la primera.* No se requerían mayores esfuerzos para afirmar que el auto de proceder hipotético estaría integrado por la segunda providencia, la que repuso, y en ningún caso y por ningún motivo, podría ser la primera, la repuesta.

"4º No haber practicado las pruebas pedidas por el Fiscal y el defensor, referentes al hecho investigado; y, en cambio, sí se recibieron los testimonios solicitados por la parte civil.

"En tales condiciones, sin prueba alguna del hecho central (en cuanto a la responsabilidad), se sorteó el Jurado y se le reunió. Y en las mismas condiciones, se condenó al señor Mendoza en la 1ª y 2ª instancia. Y

"5º El cuestionario sometido al Jurado contiene un error sustancial, por cuanto omitió consignar el 'propósito de matar', que es elemento constitutivo del homicidio específico previsto por el artículo 362 del Código Penal, aplicado a Mendoza Reyes".

El representante del procesado respalda los motivos antes apuntados, con abundantes consideraciones encaminadas a demostrar su existencia, basadas en las pocas constancias procesales que suministra el expediente.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario, después de enumerar los motivos presentados por el actor como concurrentes a establecer la causal cuarta de casación, de historiar el origen del proceso, la interrupción que sufrió por haberse destruído sus originales por consecuencia de los sucesos del día nueve de abril de mil novecientos cuarenta y ocho, el intento de reconstrucción y el adelantamiento del juicio de acuerdo con el Decreto 1897 del año antes nombrado por haber presentado el representante de la parte civil las copias del auto de proceder de primera y segunda instancias, hasta culminar con la sentencia condenatoria por homicidio simplemente intencional, examina en forma detallada los cuatro primeros motivos señalados por el doctor Caro Escallón como constitutivos de nulidad de la actuación, cada uno de ellos separadamente, conceptuando que está probado el cargo consistente en no haberse practicado las pruebas pedidas por el Fiscal y el defensor, referentes al hecho investigado y en esta forma, el juzgamiento de Mendoza Reyes se hizo con menoscabo de su derecho de defensa, por lo cual solicita que la Corte invalide la sentencia demandada y en

su lugar, declare nulo todo lo actuado a partir de la providencia de fecha 27 de junio de 1950 que señaló fecha para el sorteo de jurados, a fin de que se practiquen todas las pruebas de la defensa ordenadas en auto de 24 de mayo de 1949, no siendo el caso de estudiar el otro motivo de nulidad alegado ni tampoco la causal tercera.

Se considera:

Afirma el demandante que hay falta de autenticidad del auto de proceder e inexistencia del mismo. Ya se ha dicho que el juicio se adelantó con base en las copias presentadas por el apoderado de la parte civil, por haberse destruído el expediente original. Esas copias contienen:

a) Auto del Tribunal Superior de Bogotá, que confirma el de proceder de primera instancia;

b) Auto del Tribunal que repone el anterior, en cuanto concede al procesado el beneficio de excarcelación provisional; y

c) Auto de llamamiento a juicio proferido por el Juez de primera instancia.

Las dos primeras providencias están contenidas en una sola copia, que en cada una de sus páginas tiene impreso, en tinta roja, un sello que dice: "República de Colombia.—Organo Judicial.—Bogotá.—Juzgado 4º Superior".

Al final de esta copia, se halla la siguiente atestación: "Es copia auténtica.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos cuarenta y seis.—P. El Secretario, Manuel del Río.—O. Mayor" (folio 15).

La copia del auto de proceder de primera instancia, únicamente tiene como encabezamiento la palabra "Copia", sin constancia alguna al final, ni tampoco lleva el sello del Juzgado en ninguna de sus páginas (folios 16 a 42).

Sostiene el actor, que la copia del auto de proceder de segunda instancia, no está autorizada por el Secretario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, ni por ninguno de los empleados de esta Secretaría. A esto se observa, que si bien es cierto lo que aquél afirma, ello tiene su explicación en la circunstancia de que tal copia no se expidió en la Secretaría del Tribunal sino en la Secretaría del Juzgado Cuarto Superior, por el Oficial Mayor de esta oficina, como lo demuestran en forma concluyente, el hecho de estar autenticada la copia con los sellos de tal Juzgado, y también la circunstancia de que el proceso original se encontraba el día de la expedición de dicha copia en el citado Juzgado 4º Superior, como se desprende del informe del Secretario de la Sala Penal del Tribunal (folio 2, C. 2º), en el que se dice que el expediente fue devuelto a la oficina de origen el cuatro de octubre de 1946.

La autenticidad del auto de proceder de segunda instancia, se robustece, con la nota de radicación del proceso en referencia, insertada dentro del informe citado en el aparte anterior, de lo cual se deduce que el negocio contra Mendoza Reyes subió al Tribunal por apelación del auto de proceder; que en el reparto le correspondió al Magistrado doctor Zapata Escobar, que con fecha diez y siete de agosto el Tribunal confirmó el enjuiciamiento, y el veinticinco de septiembre siguiente, repuso el auto reclamado en lo relativo a la libertad provisional del procesado, que le fue concedida. Y estos mismos datos contenidos en la nota de radicación del proceso en el Tribunal, son los que aparecen de la copia de las providencias de segunda instancia, expedidas por el Oficial Mayor del Juzgado Cuarto Superior, señor del Río, pues en ellas consta que el llamamiento a juicio de Mendoza Reyes, fue confirmado por el Tribunal con fecha diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y seis; que la misma entidad el veinticinco de septiembre de este mismo año, repuso su auto anterior, en el sentido exclusivo de declarar que el acusado Mendoza Reyes podía gozar del beneficio de libertad provisional durante el adelantamiento de la causa; y que tanto el auto confirmatorio como el de reposición aludido, se hallan firmados por los mismos Magistrados del Tribunal doctores Jorge Zapata Escobar, Pedro E. del Río y Bernardo Galvis Alvarez y por el Secretario de la Sala Penal, Carlos J. Ramírez Pérez.

En cuanto al valor legal de la autenticación de las copias en mención, por el Oficial Mayor de la Secretaría del Juzgado Cuarto Superior, es una cuestión que no es el caso de discutirla, porque este empleado reemplaza al secretario en sus faltas accidentales y absolutas, según lo dispone el artículo 122 del Código Judicial.

Estas consideraciones, llevan a la Sala a la misma conclusión afirmada por el Procurador Delegado en lo Penal, que "...la copia autorizada que obra al folio 1º a 15 del cuaderno 1º, prueba plenamente la existencia del auto de proceder, en los términos de los artículos 8º y 10º del Decreto Ley número 1897 de 1948. Sin que valga argüir que se carece aquí de la copia auténtica del enjuiciamiento de primera instancia, ya que el documento que figura en los folios 16 a 42 es un anónimo, por no estar expedido por el empleado correspondiente. Pues a esto se replica que la manifestación hecha

por el Tribunal al principiar su providencia de 17 de agosto de 1946, en el sentido de que se interpuso el recurso de alzada "contra el auto del señor Juez 4º Superior del Distrito en virtud del cual abrió causa criminal por los trámites en que interviene el Jurado contra el señor Eduardo Mendoza, en razón del homicidio en la persona de Nayib Waked, ese aserto del Superior en el ejercicio de sus funciones demuestra, en forma completa, la existencia del enjuiciamiento recurrido, según los artículos 251 del Código Penal y 632 del Judicial".

La objeción del doctor Caro Escallón, de que la copia no fue tomada de las copiadores de agua de que habla el artículo 162 del C. de Procedimiento Penal, tampoco es valedera. En primer término, porque este cargo carece de pruebas que lo demuestren; y en segundo lugar, porque la circunstancia de que la mencionada copia haya resultado auténtica, según se deja demostrado, está indicando que ella se tomó de los copiadores de agua del Juzgado o del expediente original, pues en la época de su expedición (22 de octubre de 1946), ni los libros copiadores ni el proceso original habían desaparecido o habían sido extinguidos por el fuego.

Refuerza la tesis de la autenticidad de las copias de que se viene hablando, la circunstancia de que en ningún momento de la tramitación del juicio con base en tales copias, la defensa ni funcionario alguno ha tachado como falsas o carentes de autenticidad las copias del auto de proceder que figuran en los autos, lo cual hace presumir que para las partes, tales documentos correspondían a la realidad y eran los mismos que se habían producido en tal negocio en las fechas señaladas en ellos.

Por último, el señor Procurador Delegado en lo Penal, presenta un argumento de indudable valor jurídico, aplicable al caso de autos, consistente en que si de acuerdo con el artículo 17 del Decreto-Ley 1897, la copia de la sentencia ejecutoriada de segundo grado, es suficiente para ordenar su ejecución, de igual modo la copia auténtica del auto de proceder de segunda instancia, una vez en firme, también lo es para seguir el juicio, porque las normas del precitado Decreto tuvieron su origen en "la necesidad social de reprimir los delitos y evitar la impunidad", sirviéndose para conseguir esta finalidad de las copias autorizadas de las providencias de fondo que se hubieren dictado en los negocios penales desaparecidos el nueve de abril y días siguientes del año de mil novecientos cuarenta y ocho.

Por consiguiente, el primer motivo de nulidad alegado en la demanda, no puede prosperar.

2º No haberse mencionado en la parte resolutiva del auto de proceder, el delito imputado a Mendoza Reyes, ni el capítulo y título respectivos del Código Penal.

El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal, dispone que, la parte resolutiva del auto de proceder, contendrá el llamamiento a juicio por el delito que corresponda, determinándolo con la denominación que le dé el Código Penal, en el respectivo capítulo o en el correspondiente título, cuando éste no se divida en capítulos. Este requisito es fundamental, porque la calificación genérica que se dé al hecho incriminado, es la que debe tener en cuenta el Juez de derecho en la sentencia. Además, sólo así, pueden tenerse como determinados los cargos que se hacen al procesado en lo relativo a la naturaleza genérica de la infracción y éste ejercitar su defensa en consonancia con tales cargos.

En el caso presente, existe la copia auténtica del auto de proceder de segunda instancia que confirmó el del Juez Superior y por ello, en la parte resolutiva de aquélla no se hizo la determinación del ilícito con la denominación genérica que le dá el Código Penal ni la cita del capítulo y título que tipifican el delito. Pero esto se explica, si se considera que el contenido de la parte resolutiva del auto de proceder de que habla el artículo 431 es propio del auto de proceder de primera instancia y no del de segunda, en aquellos casos, como el presente, en que el enjuiciamiento del inferior es confirmado por el Superior. A pesar de esto, el Tribunal en la parte motiva de su providencia, sí determinó el género de la infracción cometida por el acusado al decir:

"*El delito de que trata el proceso es el de homicidio de que trata el Código Penal en el Capítulo 1º del Título XV de su Libro II.* (Subraya la Corte). Y la tipificación de él no ofrece dificultad alguna desde el punto de vista de su concepción jurídica. El señor Mendoza mediante una acción de propósito, obtuvo la muerte de Waked, lo que significa precisamente el objetivo ilícito ambicionado". (Folio 4, cuaderno 1º).

Por lo tanto, no podría sostenerse con base en la realidad procesal, que en el caso presente no se hubieran puntualizado los cargos contra el acusado en cuanto al carácter genérico del ilícito y por esa causa, existieran motivos de duda para el cabal ejercicio del derecho de defensa y para el dictamiento de la sentencia por el Juez de derecho.

En consecuencia, el cargo que se examina debe rechazarse, por no estar justificado.

3º No haberse notificado al procesado Mendoza Reyes, el auto del Tribunal que confirmó el de proceder de primera instancia.

Al exponer este motivo de nulidad de la actuación, el actor hace hincapié en que al notificar al procesado el auto de proceder de segunda instancia, sólo se comprendió en esa notificación el auto de fecha diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, pero se omitió hacer lo mismo con el de veinticinco de septiembre siguiente, que repuso el auto apelado en cuanto a la libertad provisional de Mendoza Reyes.

De las constancias procesales aparece que el Tribunal Superior de Bogotá, al revisar por apelación el auto de proceder de primera instancia, dictó dos providencias: la de fecha diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, por la cual confirmó "en todas sus partes el auto apelado"; y la de veinticinco de septiembre del mismo año, por medio de la cual repuso aquella providencia, "en el sentido exclusivo de declarar que el acusado Mendoza Reyes puede gozar del beneficio de libertad provisional durante el adelantamiento de la causa".

La notificación que se hizo al procesado cuando el Juzgado ordenó el adelantamiento del proceso con base en las copias del auto de proceder suministradas por el apoderado de la parte civil, es del tenor siguiente:

"*Notificación del auto de proceder al procesado.*— En Bogotá, a catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta y ocho, notifico personalmente al procesado Eduardo Mendoza Reyes, el auto de proceder de segunda instancia de fecha diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, proferido por el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, haciéndole las prevenciones legales. Impuesto firma manifestando que designa defensor al doctor Marino López Lucas. El notificado, E. Mendoza R.—El Secretario, J. Millán Carrera". (Folio 57 v. cuaderno 1º).

Es decir, que se incurrió en la omisión de no notificar al procesado el auto del Tribunal de fecha veinticinco de septiembre, que resolvió favorablemente el pedimento sobre libertad provisional impetrado por su defensor, reponiendo su propio auto de diez y siete de agosto anterior.

De esto se deduce que, el hecho de no haber enterado al procesado del contenido del auto de veinticinco de septiembre, no entraña propiamente una irregularidad procedimental que deba tomarse en cuenta para anular la actuación, por varios motivos: Porque según se desprende de la nota de radicación del proceso de la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal, las providencias dictadas por esta Corporación necesariamente tuvieron que ser notificadas al procesado Mendoza Reyes, toda vez que presentó fianza personal para ser excarcelado y obtuvo realmente la libertad, lo que quiere decir que fue enterado del mencionado auto de reposición que le otorgó esa libertad; en segundo lugar, porque aunque se admitiera que el auto de proceder no se hubiera notificado, esta irregularidad sólo entraña una nulidad de las llamadas relativas, subsanables por el silencio o la aquiescencia tácita de la parte interesada, al no reclamar a su debido tiempo. Esto lo estatuye el artículo 198, numeral 3º del Código de Procedimiento Penal, en el cual se lee:

"Son causas de nulidad en los procesos penales:

"1º .....

"2º .....

"3º No haberse notificado en debida forma el auto de proceder; pero esa causal desaparece si habiendo comparecido el reo en juicio, no lo reclama dentro de los treinta días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal".

Y como en el caso presente, no se hizo por parte del procesado ni por su defensor, reclamación alguna acerca de la omisión de la notificación que echa de menos el demandante, tal nulidad desapareció, porque el reo compareció en juicio y no la reclamó dentro del tiempo y oportunidad señaladas por la ley procedimental.

Por lo demás, ésta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte, que ha dicho:

"...Omitida la notificación del auto de proceder, si posteriormente se hace al procesado otra notificación personal en el mismo juicio, se establece una presunción en contra de él, de que al notificarse necesariamente tiene que conocer el auto de proceder. Si esta nulidad no fuere subsanable por la notificación personal, posteriormente a dicho auto, se establecería una prerrogativa ilimitada en favor del sindicado, con menoscabo de los intereses de la ley y de la sociedad. En tales circunstancias, el procesado callaría el hecho generador de la nulidad, para alegarlo en cualquier momento, antes de dictarse la sentencia, con lo cual se establecería un

caso de "fraude a la ley". (Casación de Manuel Francisco Suárez, de 18 de julio de 1945, G. J., Tº LIX, números 2025 a 2027-bis, pág. 962).

No resulta, pues, operante el motivo antes examinado y no es el caso, de aceptar la nulidad de lo actuado con base en la ausencia de la notificación mencionada.

4º No haberse recogido las pruebas solicitadas por la defensa y por el Ministerio Público.

Respecto de este cargo, dice el Procurador Delegado en lo Penal:

"Durante el término probatorio del juicio, las partes presentaron sus respectivas solicitudes, así:

"El señor Fiscal pidió las declaraciones de Lisandro Plazas, Elena Plazas de Pérez, Hernán Pérez y Emilio Waked, que funcionarios anteriores consideraron como del mayor interés dentro de la investigación". (Fs. 63, cuaderno 1º).

"El señor defensor adujo numerosas pruebas contenidas en 18 puntos. Ellas tendían a tres cosas: a) conocer la personaliad y antecedentes de la víctima; b) conocer las causas del homicidio y las circunstancias en que éste se cometió; y c) establecer las condiciones personales del acusado Mendoza Reyes (fs. 71).

"Respecto a las pruebas a que alude el punto b), consistían en los testimonios de Elena Plazas, Lisandro Plazas, Emilio Waked, Hernán Pérez (los mismos pedidos por el Fiscal), Alfonso Bernal, Hernando Azula, Ezequiel Martínez, Gustavo Sánchez, Carlos Vásquez, Guillermo Arciniegas, Ramón Larrota, Miguel Cure, Manuel Antonio Celi, Gabriel Cárdenas, Julio Antonio Pinzón, Segundo B. León, Beatriz Corredor, Hernando Bernal, Eduardo Ospina, Pedro Antonio García y Emilia Ospina.

"Las pruebas solicitadas por el señor apoderado de la parte civil, se referían: unas a la comprobación de las condiciones personales del ofendido, en orden a fijar los perjuicios causados por el delito; otras sobre los documentos presentados al Gobierno para obtener el cambio de radicación del negocio; otras sobre defunción de la víctima; y otras sobre los hechos punibles (fs. 76 y 122).

Pues bien: de las pruebas pedidas por el Agente del Ministerio Público y el defensor, relacionadas con cuestiones tan importantes y trascendentales como las concernientes a la manera de sucederse el homicidio y a las causas que lo determinaron, apenas se recogió en el acto de la audiencia el testimonio de Emilio Waked, y eso por insinuación del representante de la parte civil, que también lo había solicitado. (Fs. 130).

"Ninguna de las declaraciones citadas se trajo al expediente, a pesar de que fueron decretadas por el Juez del conocimiento. Este se limitó a ordenar la recepción de dicha prueba pero nada, absolutamente nada, hizo para realizarla. No sucedió así con la prueba de la parte civil, la cual se evacuó casi en su totalidad, hasta dejar determinada la cuantía de la indemnización de perjuicios en la suma de $ 26.000.00".

De acuerdo con nuestras normas constitucionales y procedimentales, a nadie puede juzgarse sin darle amplias oportunidades de defenderse de los cargos que se le hayan imputado. Y los medios encaminados a lograr esa finalidad, no son otros que los de oírlo en el curso del proceso y recogerle las pruebas que tiendan a destruir o atenuar esas imputaciones. La ley procedimental establece, que el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo los hechos y circunstancias que acrediten y agraven la responsabilidad del acusado y también, los que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen. (Artículo 295 del C. de P. P.).

Muy acertado es el comentario del representante del Ministerio Público al decir: "Uno de los fines específicos del proceso penal, es el de establecer la verdad material, histórica o efectiva de los hechos punibles. Y esa investigación domina a través de todo el negocio, en sus dos fases correspondientes al sumario y al juicio. En el primero, es más intensa la búsqueda de la verdad, y ello queda a cargo del funcionario de instrucción y del Ministerio Público. En el juicio, la iniciativa principal se le asigna a las partes, pero sin que cese la obligación del Juez de velar por los objetivos de la investigación y de tutelarle a cada una de ellas sus respectivos derechos. Por eso, durante el debate, el Juez puede decretar oficiosamente pruebas conducentes al "esclarecimiento de los hechos" (artículos 450 y 472 del C. de P. P.) y debe ordenar y llevar a término, sin demora, aquellas que le pidan las personas que intervienen en el proceso. (Artículos 447, 450 y 451 ibidem)".

A este respecto, también la Corte ha sostenido:

"Siendo oficioso, por regla general, el procedimiento en asuntos penales, la justicia no ha de buscar solamente pruebas de cargo contra el acusado, sino también las que puedan favorecerlo, puesto que en el juicio penal, a diferencia del civil, no se debaten meros intereses particulares, sino que se trata de servir al más elevado interés público, que es el de administrar justicia, y por ese medio defender la sociedad, pero dando al propio tiempo, seguridad y protección al procesado.

"...Entre las formas propias del juicio penal, son de la mayor importancia aquellas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa y las dos manifestaciones primordiales de éste son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos.

"La sentencia que condea a un reo sin que los Jueces hayan oído su defensa; o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional. Esta no estatuye normas muertas o ineficaces de los derechos fundamentales de la persona humana. Por algo estableció el legislador la ocurrencia de una nulidad "substancial", en el procedimiento.

"Y una de las más notorias que pueden darse es la de no practicar las pruebas solicitadas por la defensa". (Casación de Juan Jaime Maldonado y de Alfredo Pomar Lozano, de fechas 16 de febrero de 1942 y de 17 de junio pasado).

Y la exigencia de la práctica de las pruebas pedidas por la defensa, era si se quiere, aún más exigente en este proceso, dado que la causa se adelantaba sobre la copia del auto de proceder, por haber sido destruído el proceso original y con él todas las pruebas recogidas en el curso del sumario. Por eso, la defensa pidió en tiempo oportuno un gran número de pruebas encaminadas a establecer la situación jurídica del acusado en lo relativo a su responsabilidad y a las circunstancias en que el hecho imputado había tenido realización. Pero como estas pruebas no se practicaron, puede decirse que el procesado estuvo privado y no por su culpa, de los medios adecuados a su defensa, lo que quiere decir, que el cargo que se examina está probado y debe prosperar, siendo viable la causal cuarta alegada con base en dicho motivo, por lo que corresponde reponer el procedimiento desde el auto de fecha 27 de junio de 1950 que señaló fecha para el sorteo de Jurados, a fin de que se practiquen todas las pruebas solicitadas por la defensa, ordenadas por auto de fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

Como está probado el cargo indicado en el aparte anterior, relacionado con la causal cuarta, y hay lugar a reponer el procedimiento, no es el caso de examinar el otro motivo de nulidad alegado ni tampoco lo referente a la causal tercera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Bogotá de fecha trece de noviembre del año pasado y en su lugar, declara nulo todo lo actuado en este proceso, desde el auto de fecha veintisiete de junio de mil novecientos cincuenta que señaló fecha para el sorteo de jurados, inclusive, a fin de que se practiquen todas las pruebas pedidas por la defensa y ordenadas en auto de fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES DE MAGISTRADOS DE TRIBUNALES SUPERIORES

El impedimento de un Magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlo los Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que del incidente de recusación —y lo mismo puede decirse del impedimento— conozcan "los demás Magistrados que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le sigan en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

El defensor de Bolívar Jacinto Ramos Ramos, procesado por el delito de homicidio, recusó al Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo, ponente en el negocio que allí se ventila en virtud de apelación interpuesta por el Fiscal del Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, contra el auto de sobreseimiento temporal proferido, fundándose el recusante en la causal 5ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

El Magistrado estima que los hechos que motivan la recusación no llegan a constituir causal de impedimento para seguir conociendo del proceso, y resuelve enviarlo a la Corte para los fines legales.

Mas, se observa que la recusación propuesta no sufrió la tramitación que es de ley en estos incidentes, siendo decidida no por el propio funcionario recusado, sino por los Magistrados restantes de la Sala, como lo ha sostenido la Corte en varias decisiones. Así, en la de 12 de diciembre de 1945, dijo:

"El impedimento de un Magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlo los Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que del incidente de recusación —y lo mismo debe decirse del impedimento— conozcan "los demás (Magistrados) que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le siguen en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código.

"Al decir el artículo 75 del estatuto procesal penal que del impedimento o recusación de un Magistrado conocerá "el Magistrado de la misma Sala que le siga en turno", significa que éste hace de ponente, pero no que pueda actuar solo, pues entonces no hubiera añadido: "si hubiere necesidad de completar la Sala, se sorteará conjuez". Decidir un impedimento o recusación constituye una resolución interlocutoria (artículo 156, ordinal 2º del C. de P. P.) y los autos interlocutorios en materia penal no pueden ser dictados en los Tribunales sino en Sala de decisión (artículo 161 ibidem), Sala que se compone del "ponente y de los dos que le siguen en turno" (artículo 70 del C. J.) con la salvedad ya indicada de que estos incidentes deben ser resueltos en Sala dual, según el precepto antes invocado del Código de Procedimiento Civil".

En el caso presente no resolvieron el impedimento los dos Magistrados restantes de la Sala, sino el propio funcionario recusado. Debe, pues, volver el presente negocio al Tribunal para que se califique legalmente la causal invocada, en la forma expuesta.

Cúmplase.

Angel Martín Vásquez — Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

La Corte reconoce que cuando en la comisión de un delito intervienen factores de carácter partidista, la exaltación pasional puede traducirse en hechos que sugieren la posibilidad de que la justicia sea influenciada por ese ambiente perjudicial, pues los funcionarios del órgano jurisdiccional o quienes por cualquier circunstancia tengan que intervenir en esa clase de procesos, corren el peligro de ser víctimas del ambiente que domina en el lugar donde deba juzgarse a los acusados. En esos casos, el ordenamiento contenido en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal debe tener cumplimiento efectivo, pero esta medida no se justifica con base en simples temores carentes de fundamentos probatorios, en afirmaciones ausentes de pruebas, de que la justicia puede sufrir menoscabo, ya por la parcialidad de los funcionarios que intervienen en el negocio, ora por el ambiente perjudicial predominante en el sitio donde debe juzgarse al acusado, que dificulten el ejercicio pleno de los derechos de las partes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia, Departamento Legal, remite a la Corte para que emita concepto, la solicitud presentada por el doctor Germán Cruz Perdomo que lleva fecha veintidós de agosto pasado, para que se cambie de radicación el proceso que por el delito de homicidio, se adelanta contra Bernardo Salazar de la Pava en el Juzgado Primero Superior de Buga.

Una petición de la misma especie había elevado ante el Ministerio de Justicia el mismo abogado, por medio de escrito de fecha diez de enero del año en curso y en esa ocasión, la Corte emitió concepto desfavorable al cambio de radicación.

Ahora el peticionario manifiesta que, las razones alegadas entonces, no solamente se mantienen vigentes, sino que se han hecho más patentes y agudas, y éste el motivo para que acuda nuevamente en demanda de ese cambio de radicación, cuyas causas y modalidades puntualizó en su solicitud anterior. Dice que han ocurrido hechos nuevos que justifican su petición, pero que en gracia de la brevedad, se limita a dos:

a) Que hace pocos meses fue herido el doctor Eusebio Galindo López, Fiscal del Juzgado 2º Superior de Buga, por razón del ejercicio de su cargo, precisamente por haber afectado con sus actuaciones al mismo círculo de amistades a que está ligado el procesado Salazar de la Pava, hecho sobre el cual no se cree obligado a aportar la prueba concreta, porque tanto el Ministerio como la Corte cuentan con una abundante y fidedigna información oficial; y

b) Que después del atentado contra el Fiscal en referencia, se celebró la audiencia pública en la causa por homicidio contra Luis Ernesto Puerta, sindicado de haber dado muerte al señor Balbino Giraldo, por móviles políticos y como resultado de diferencias entre dos grupos conservadores, y como los jueces de conciencia dieran un veredicto condenatorio, elementos pertenecientes al grupo del acusado, que es el mismo de Salazar de la Pava, entraron al establecimiento de sastrería de uno de los jurados, el señor José Valencia, con intención de ultimarlo y como no lo encontraran "acuellaron" a uno de sus empleados porque no les decía dónde se encontraba en esos instantes. Agrega que, de estos hechos se originó un documento oficial consistente en un oficio dirigido por el Fiscal del Juzgado Segundo Superior al Tribunal, para que se tomaran medidas que aseguraran a la justicia un mínimo de garantías.

Como documentos dirigidos a fundar el nuevo cambio de radicación, se adjuntan los siguientes:

1º Copia de la comunicación dirigida por el Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Buga, al Presidente del Tribunal Superior de esta misma ciudad, en la que pone en su conocimiento el hecho relatado antes y también el consistente en que, el doctor José María Perea, quien también hacía par-

te del Jurado reunido en la causa contra Luis Ernesto o José Ernesto Puerta, se había presentado en su despacho para informarle que en la noche anterior había sido solicitado en su casa de habitación por elementos extraños que viajaban en un carro de Tuluá, y le insinúa para corregir esa situación gravísima para la administración de justicia, una reunión de los Jueces y Fiscales con los Magistrados del Tribunal y con los Comandantes del Grupo de Artillería y de la Policía Departamental, a fin de llegar a un acuerdo en busca de garantías para los funcionarios y para los ciudadanos;

2º Un memorial suscrito por la señora Adelaida V. de Cruz, dirigido al señor Ministro de Justicia, en el que refiriéndose a la solicitud de cambio de radicación del proceso contra Bernardo Salazar de la Pava, en el cual está reconocida como parte civil, le manifiesta que confiere poder especial al doctor Carlos Árango Vélez, para que solicite nuevamente ese cambio de radicación y coadyuve y sustente ese pedimento; y

3º Una declaración del señor Tulio Enrique Concha Galeano, rendida ante el Juez Primero Superior de Buga el veintiseis de agosto pasado, en la que dice que, es verdad que en esa fecha le expresó al doctor Cruz Perdomo, en forma espontánea, que un señor de nombre Gustavo Marín, de quien le han dicho que es guardaespalda del doctor Gustavo Salazar García y a quien ha visto el declarante en muchas ocasiones con este abogado, en dos veces se le ha acercado, una en el café "Canaima" de esa ciudad y otra en su "sombrerería", a decirle, que sabe que el declarante es miembro del Jurado en la causa por homicidio contra Bernardo Salazar de la Pava, que dé un veredicto favorable o absolutorio de éste, haciéndole especial mención de que el procesado tenía muy buenas posibilidades económicas; que Marco A. González, quien tiene una dentistería frente a la cárcel, hace como tres semanas llamó al declarante y haciéndolo entrar a su gabinete, le dijo que sabía era Jurado en la causa por homicidio contra Bernardo Salazar de la Pava y que éste era muy buena persona, que procurara ser benigno con él, que era de plata, dándole a entender que podía darle dinero si fallaba favorablemente; que igualmente don Matías Piedrahita, Director de las Cárceles de Buga, lo llamó a su tienda y le dijo que no le fuera a "tirar muy duro" en la audiencia a Salazar de la Pava.

En el mes de enero, el doctor Cruz Perdomo, concretó los fundamentos para pedir el cambio de radicación del proceso contra Salazar de la Pava, así:

"a) Que el señor Bernardo Salazar de la Pava (alias malavida), dio muerte mediante disparos de arma de fuego, al señor Carlos Cruz Varela, esposo legítimo de su amante el día veintiseis de diciembre de 1950, en el café "Galicia" de la ciudad de Tuluá;

"b) Que desde el instante de la comisión del hecho, éste fue considerado por la opinión pública como resultado de la violencia política;

"c) Que como consecuencia de esa especie de polarización política que el delito produjo en el ambiente social donde se perpetró, el procesado se vio desde los primeros instantes rodeado y asistido por las personas de la mayor influencia dentro de su partido, quienes lograron que los funcionarios encargados de la instrucción del proceso y de la custodia del reo, incurrieran en irregularidades que motivaron la intervención del Ministerio de Justicia; y

"d) Que el siete de noviembre de 1951 se verificó ante el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Buga, la audiencia pública en la causa por homicidio contra Manuel Morales cometido en la persona de Anselmo Tascón, ambos vecinos de Tuluá y pertenecientes a distintos partidos políticos y la sola consideración política originada en la diferente filiación de los protagonistas, determinó que de la ciudad de Tuluá, se trasladaran a Buga, al recinto de la audiencia, grupos de gentes armadas y amenazantes con el propósito ostensible de secundar al apoderado de la parte civil que llevó la voz de la acusación contra el procesado, cuya vida se vio en peligro y el Juez tuvo que tomar algunas medidas de seguridad, terminando el acto a satisfacción de dicho grupo, con un veredicto condenatorio".

Para demostrar las afirmaciones contenidas en los apartes transcritos, el mismo doctor Cruz Perdomo, presentó los documentos que se le relacionaron en aquella ocasión y que fueron:

"1º—Un certificado del señor Juez Primero Superior de Buga y de su secretario, en el que estos funcionarios afirman, que en ese Juzgado se adelanta un sumario por homicidio contra Bernardo Salazar de la Pava, en el cual aparece como occiso Carlos Cruz y actualmente se notifica el auto de proceder dictado contra aquel procesado; que el sumariado Salazar de la Pava, se encuentra detenido por razón de dicho negocio; que el homicidio fué cometido el veintiseis de diciembre de 1950, en el café "Galicia" de la ciudad de Tuluá y se está notificando el auto que concede el recurso de apelación contra el referido auto de proceder, inter-

puesto por el procesado y por el apoderado de la parte civil; y finalmente, que la señora Adelaida V. de Cruz viene ejerciendo la acción civil dentro de ese proceso;

"2º—Un memorial dirigido al señor Ministro de Justicia por la señora Adelaida V. de Cruz, por el cual confiere poder especial al doctor Germán Cruz Perdomo, a fin de que solicite el cambio de radicación de la causa criminal que se adelanta ante el Juzgado Primero Superior de Buga contra Bernardo Salazar de la Pava, por homicidio en la persona de Carlos Cruz V.;

"3º — Una certificación jurada del doctor Julio Romero Soto, Juez Primero Superior de Buga, expedida a solicitud del doctor Germán Cruz Perdomo, en la que manifiesta: que es verdad, que el día siete de noviembre del año pasado, se llevó a cabo la audiencia pública en la causa contra Manuel Morales, en la que aparecía como occiso Anselmo Tascón y que éste era vecino de Tuluá por la época de su muerte; que por ser el doctor Romero Soto, oriundo de Tuluá, donde residió largo tiempo supo que el occiso Tascón era de filiación conservadora y en cuanto a la filiación de su matador, tuvo conocimiento de que era liberal, porque así lo dedujo de la intervención del apoderado de la parte civil en la audiencia; que es cierto que el día en que se celebraba esta audiencia, a más de los asistentes que ordinariamente concurren a esos actos y que forman un personal conocido, se encontraba dentro del recinto, gran número de gentes a quienes por primera vez veía concurrir al Salón de Audiencias y que más bien ha visto en las poblaciones de San Pedro y Tuluá; que debido a la disposición y forma de la reja que separa al público del personal de la Audiencia y por los movimientos que hacía el público, a algunas personas se les abría el saco y pudo observar que tres de ellas, portaban al cinto revólveres, lo cual le extrañó, pues había dado orden al agente encargado de custodiar al procesado para que requizara a toda persona, distinta de los Jurados y demás funcionarios, que entraran al recinto donde se verificaba la audiencia, y que es cierto que, gran parte del público asistente, demostraba su complacencia durante las intervenciones del apoderado de la parte civil doctor Morales, pero no se presentó incidente alguno que lo obligara a hacer uso de la facultad que confiere el artículo 530 del C. de P. P.; que algunas personas, entre ellas el defensor del procesado, antes de iniciarse la audiencia, se le acercó y le dijo que abrigaba el temor de que su defendido fuera atacado y como en el curso de la sesión se le acercara el apoderado de la parte civil y le dijera que encontraba conveniente que el procesado fuera trasladado a un sitio distinto del que ocupaba, lo que corroboraba los temores del defensor, accedió a esa solicitud y ordenó colocar al procesado junto al sitio que él ocupaba como Juez, separándolo aproximadamente seis metros del público; finalmente, manifiesta que el veredicto del Jurado fué condenatorio y al ser leída la respuesta dada al cuestionario, se recibió con aplausos por parte de las personas presentes en el sitio ocupado por el público, y como el defensor del procesado y algunas personas cuyos nombres no recuerda, le pidieran que demorara la salida del acusado del salón de las audiencias hasta tanto se disolvieran los grupos que se habían formado en los pasillos del edificio, por el temor de que fuera atacado, accedió a esa petición;

"4º—El testimonio del doctor Antonio María Libreros, quien refiriéndose a su actuación como defensor de oficio de Manuel Morales, dice que cuando se dirigía al lugar de la audiencia, el día en que este acto se llevó a cabo, se le acercó un joven preguntándole que si él era el defensor de Morales y le dijo que era amigo de éste y venía a avisarle que los agentes de la violencia de Tuluá asistirían a la audiencia, debidamente armados con el fin de dar muerte al procesado en caso de que fuera absuelto, y ante tan grave revelación lo hizo concurrir ante el Juez, a quien comunicó los temores de dicho individuo a fin de que tomara las medidas conducentes y posteriormente, cuando se presentó en el local de la audiencia lo encontró atestado de gentes absolutamente desconocidas para el declarante y al penetrar al sitio señalado, para la defensa, notó que el procesado no se encontraba en el sitio para él señalado, sino en lugar próximo al asiento del Juez; que durante su primera intervención, todo el mundo guardó silencio, pero al final de su segunda intervención, no sabe si a causa de sus apóstrofes e imprecaciones del Fiscal y del apoderado de la parte civil, porque las barras sí habían aplaudido aunque en tono menor, alcanzó a escuchar murmullos y expresiones de descontento y en la última parte de su intervención, notó que los Jurados no le ponían atención y en cambio miraban mucho a la barra;

"5º—La declaración del señor Alberto González, Secretario del Juzgado Primero Superior de Buga, quien dice que en este Juzgado se sigue un proceso por homicidio contra Bernardo Salazar de la Pava y que es cierto, que pocos días después de haberse notificado el auto de proceder dictado en

ese negocio al señor Agente del Ministerio Público, éste se le acercó y le dijo, refiriéndose a ese proceso, "que ya en la calle le estaban dando carácter político", pues algunos conservadores habían llegado hasta él a recomendarle favorablemente la causa contra Salazar de la Pava;

"6º—Una certificación del Fiscal del Juzgado Primero Superior de Buga, quien refiriéndose a la declaración antes relacionada, afirma que es verdad que se oía la bola o cuento, a la cual no prestó importancia la Fiscalía, de que unos conservadores estaban interesados en el asunto de Salazar de la Pava, sin que a él se le hubiera manifestado qué conservadores estuvieran interesados, pues todo era cuestión de chismes o cuentos y que puede certificar, que tanto liberales como conservadores han recomendado a Salazar de la Pava, como persona honorable, pero nadie ha pretendido que el asunto le sea resuelto favorable o desfavorablemente;

"7º—Copia de las declaraciones de los señores León María Lozano y Jesús Milagros Alzate, sacadas del proceso contra Bernardo Salazar de la Pava por homicidio. El primero manifiesta, que en varias ocasiones fué a la ciudad de Cali a visitar a Carlos Valencia, detenido en la Tercera Brigada del Ejército Nacional y algunas veces en compañía de Carlos Cruz, quien era hermano de Valencia, y una de esas veces los acompañó Bernardo Salazar y cuando regresaban se acercaron a una tienda del camino a tomarse un trago y en la conversación, Cruz le lanzó a Salazar una expresión injuriosa como "tragón", dando a entender que habían tenido algún negocio y al avanzar la discusión, Cruz le alcanzó a nombrar la madre a Salazar diciéndole "hijueputa" y como el declarante era amigo de ambos, intervino para evitar un lance. El segundo declara como testigo en los hechos en que resultó muerto Carlos Cruz y refiere que antes de los disparos de revólver, hubo un incidente de palabra entre Cruz y Salazar de la Pava, en el que el primero le lanzó al segundo, estas frases: "qué te pasa godo hijueputa, de mala clase", "...para dónde vas, godo de mala clase, godo hijueputa, yo no sé por qué todos los godos son oligarcas hijueputas" y después el mismo Cruz, "zamarrió" a Salazar y le sacó del bolsillo una cosa negra y transcurridos más o menos de uno a dos minutos, se sintieron las explosiones.

"8º Por último, se acompañan los testimonios de Blas Ocampo O. y Raúl Rengifo Marmolejo. El primero, dice que en Tuluá, el comentario general era el de que Salazar de la Pava había dado muerte a Carlos Cruz V. por asuntos meramente políticos, pues antes de la comisión de este hecho, se decía que el occiso estaba amenazado por Salazar de la Pava por cuestiones políticas; también afirma el mismo declarante, que hace unos dos meses en el "Bar Central" de Tuluá, escuchó la conversación que sostenían un grupo de personas acerca de la muerte del mencionado Cruz y que le pareció que trataban de ayudar económicamente a Salazar de la Pava. Rengifo Marmolejo, manifiesta que inmediatamente ocurrió la muerte de Cruz, la generalidad de las gentes decía que había sido motivada por asuntos de política y como el anterior declarante, también dice haber oído en el "Bar Central" de Tuluá, que unos ciudadanos conversaban sobre la muerte de Carlos Cruz y sobre la defensa de su matador Salazar de la Pava, de quien decían que había que ayudarle pecuniariamente".

Se considera:

Como se dijo por la Sala, en su concepto de fecha treinta de enero pasado, los documentos relacionados en aquella oportunidad, se dirigen a establecer que el homicidio en la persona del señor Carlos Cruz Giraldo, por el cual se procesa a Bernardo Salazar de la Pava, tuvo origen exclusivamente político y por este motivo, la ciudad de Buga, donde debe juzgarse a tal procesado, no es un medio propicio para que la justicia se administre en forma serena e imparcial y por ello, el cambio de radicación solicitado es conveniente.

También se dijo que, valoradas esas comprobaciones en el valor que realmente tienen, no acreditaban en forma concluyente los hechos en los cuales el apoderado de la parte civil, fundaba su solicitud. En primer término, porque el origen político del homicidio en cuestión, no estaba establecido, pues la sola filiación contraria de los protagonistas, no le daba al hecho criminal esa modalidad, ya que también pudo ocurrir que entre ellos hubiera otra clase de diferencias, a juzgar por lo declarado por los testigos Lozano y Milagros Alzate, de que Cruz Varela y su matador eran amigos y estando dedicados a ingerir bebidas embriagantes, surgieron entre ellos las diferencias que motivaron los hechos. Y de otro lado las afirmaciones de los exponentes Ocampo O. y Rengifo Marmolejo, de que el homicidio tuvo origen político, son muy vagas e insuficientes como pruebas de convicción, puesto que se basan en simples rumores callejeros y en haber oído de personas a quienes no señalan con sus nombres y apellidos, que exteriorizaban la conveniencia de que

se ayudara pecuniariamente al procesado en su defensa.

"La afirmación que el Secretario del Juzgado Primero Superior de Buga,.pone en boca del Fiscal del mismo Juzgado, de que a ese homicidio ya se le estaba dando carácter político, porque algunos conservadores le habían recomendado favorablemente la causa de Salazar de la Pava, no tuvo confirmación por parte de dicho Fiscal, pues éste dice en certificación jurada, que se trata de simples chismes callejeros; que sólo era verdad, que tanto liberales y conservadores le habían recomendado a Salazar de la Pava como persona honorable.

"El antecedente que aduce el apoderado de la parte civil, como hecho demostrativo del ambiente social en la ciudad de Buga cuando se verificaron las audiencias en el proceso seguido contra Manuel Morales por la muerte de Anselmo Tascón, sólo es demostrativo de que al juicio público en ese proceso, concurrió un grupo de gentes vecinas de otros municipios interesadas en la condenación del matador, pero no acredita que hubieran coaccionado física ni moralmente a los Jueces de conciencia para que dieran un veredicto contrario a la evidencia de los hechos ni tampoco que por esa causa, las partes no hubieran podido hacer uso de los derechos conferidos por la Constitución y la ley ni disfrutar de las garantías necesarias para ejercitar esos derechos.

"De otro lado, ese antecedente no dice relación al caso de autos, porque hasta ahora el proceso sigue su curso normal, sin que los funcionarios que intervienen en él hayan encontrado dificultades en el cumplimiento de sus deberes legales y tan cierto es esto, que el procesado se encuentra detenido preventivamente, se le dictó auto de proceder de primera instancia y se surten los trámites legales para la revisión de esta providencia por el Tribunal, por haber interpuesto las partes el recurso de apelación".

En aquella ocasión como en la presente, la Corte reconoce que cuando en la comisión de un delito intervienen factores de carácter partidista, la exaltación pasional puede traducirse en hechos que sugieren la posibilidad de que la justicia sea influenciada por ese ambiente perjudicial, pues los funcionarios del órgano jurisdiccional o quienes por cualquier circunstancia tengan que intervenir en esa clase de procesos, corren el peligro de ser víctimas del ambiente que domina en el lugar donde deba juzgarse a los acusados. También se dijo, que en esos casos el ordenamiento contenido en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal debía tener cumplimiento efectivo, pero esta medida no se justificaba con base en simples temores carentes de fundamentos probatorios, en afirmaciones ausentes de pruebas, de que la justicia puede sufrir menoscabo, ya por la parcialidad de los funcionarios que intervienen en el negocio, ora por el ambiente perjudicial predominante en el sitio donde debe juzgarse al acusado, que deficulten el ejercicio pleno de los derechos de las partes.

Los nuevos elementos de juicio aducidos por la parte interesada, tampoco demuestran que el homicidio de que se ha hablado hubiera tenido origen en causas de carácter político: la filiación contraria de la víctima y del matador, fue una circunstancia absolutamente accidental. Pero no puede desconocerse el hecho de que en la ciudad de Buga, hay un grupo de personas notoriamente interesadas en que al procesado se le juzgue en las condiciones más favorables y que para conseguir esta finalidad, se ha tratado de sobornar a uno de los ciudadanos que integran el Tribunal de conciencia que ha de juzgarlo, lo cual significa que existe en aquella ciudad un ambiente perjudicial para que la justicia se imparta serena e imparcialmente.

Los incidentes ocurridos con posterioridad al juzgamiento de Luis Ernesto o José Ernesto Puerta y de que pudieron ser víctimas dos de los Jurados que integraron el tribunal de conciencia que condenó a dicho sujeto, por parte de individuos afectos al sentenciado, no inciden forzosamente en el concepto de la Sala, pues ellos sólo son indicativos de un clima de descomposición social, que las autoridades encargadas de la conservación del orden deben corregir sin timideces ni desmayos, dando a los encargados de administrar justicia plenas garantías para el cumplimiento de su cometido.

En consecuencia, el concepto de la Sala al cambio de radicación de que aquí se trata, debe ser favorable, porque reconoce que existe la posibilidad de que factores extraños puedan entorpecer la misión de quienes transitoriamente puedan intervenir en el juzgamiento del procesado. De sobra está decir, que esa medida en nada merma el prestigio y pulcritud de quienes por ministerio de la ley, están encargados de la administración de justicia en dicha ciudad; sólo se quiere deponer cualquier inconve-

niente que entorpezca o dificulte la misión que les está encomendada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, emite concepto favorable, al cambio de radicación del proceso que en el Juzgado Primero Superior de Buga, se adelanta contra Bernardo Salazar de la Pava, por el delito de homicidio.

Cópiese y remítanse estas diligencias al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.

Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.

Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS PENALES

El precepto legal que permite modificar la jurisdicción por razón del territorio, el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, señala como elemento para el cambio de radicación de un proceso, que sea conveniente para la recta administración de justicia.

Puede decirse que en esa expresión, es decir, la conveniencia, está contenido todo el fundamento de esa importante medida autorizada en la ley cuando dicha contingencia se presente.

Es así como se quiere decir que ella se tome cuando sea útil y provechosa, corresponda a una necesidad y procure el decoro mismo de la administración de justicia.

Tiende, pues, a procurar que ningún peligro amenace la justicia; que todo posible peligro de parcialidad sea eliminado a tiempo y a impedir que el ambiente en donde un proceso se desarrolla o investiga trate de tener influencia para desviar el cauce de la ley o el cumplimiento estricto, inmodificable y sereno de sus decisiones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre veintidos de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia —Dirección del Departamento Legal— en oficio número 4578 del 11 del mes en curso, remite a la Corte la documentación relacionada con la solicitud del doctor Diofanor Peñas, Fiscal del Juzgado Tercero Superior del Distrito Judicial de Barranquilla y Delegado del señor Procurador General de la Nación en la investigación de este proceso, tendiente a obtener el cambio de radicación del mismo, que se sigue contra Eduardo Pión, Sigifredo López, Juan de la Cruz Sánchez y otros, por los delitos de estafa, falsedad, abuso de confianza y otros, de acuerdo con el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal.

Los elementos de juicio que contiene el expediente son:

El oficio número 891 del 2 de septiembre en curso, dirigido por el Delegado de la Procuraduría en el expediente en mención, al señor Ministro de Justicia, en el cual le manifiesta que en representación del Estado y de la sociedad, solicita "se varíe la radicación de las sumarias en referencia a otro Distrito Judicial, en consideración a que son bastantes las razones expresadas en este escrito y superabundantes las que se deducen de la documentación acompañada que, si bien no tiene el carácter de plena prueba, es estimable como razón fundamental de orden social y público".

Del memorial en que tal cosa se solicita pueden resumirse las siguientes razones, que en síntesis se presentan para su mejor comprensión, prescindiendo del texto, que es un tanto difuso:

1°—Que se trata de una investigación de excepcional gravedad, ya que en los procesos iniciados a virtud de denuncio del doctor Espartaco Mazzanti, Gerente del Banco Francés e Italiano de la América del Sud, sucursal de Barranquilla, por sustracción de fondos a dicha institución, la cuantía asciende hasta ahora a la suma de $ 791.783.88, según informe rendido por el señor Juez 34 de Instrucción criminal.

2º—Que adelantada la investigación, tiene características si se quiere desacostumbradas en nuestro medio, el interés profesional de los abogados que intervienen en defensa de los sindicados, quienes la mayoría de las veces se oponen a que la investigación sea agotada, haciendo uso, en demostración de inconformidad, de recursos encaminados a su entorpecimiento y procurando crear situaciones que no se compadecen con una recta administración de justicia ni con el decoro de los funcionarios que en ella intervienen.

3°—Que las personas sindicadas, "las unas propiciadas por su condición de empleados del Banco y las otras por la facilidad económica o pecuniaria que ostentan, encuentran colaboradores para el solo fin de establecer conexiones entre la tramitación reservada del negocio penal y su afán de presentar en tiempo oportuno la coartada para

desbaratar los cargos que les resultan dentro del proceso", existiendo así fácil comunicación entre algunos detenidos y otras personas vinculadas también al sumario, lo que sin duda alguna entorpece la investigación y puede fácilmente hacerla fracasar.

Afirma también el señor Fiscal peticionario que tiene conocimiento del interés que existe por parte de varias personas para que la Fiscalía que ejerce no conozca del negocio, a cuyo efecto se hacen cargos graves acerca de la actuación que podría tener en la resolución de los incidentes que puedan presentarse.

Sugieren estas diligencias el marcado interés con que el Fiscal del Juzgado Primero Superior de Barranquilla solicita que el expediente de que se trata le sea pasado a su conocimiento; y el no menos insistente del apoderado de Juan de la Cruz Sánchez Zambrano, en igual sentido, siendo de observar que existen referencias de cargos contra el Fiscal del Juzgado Primero Superior, que le restan mérito a su investidura como empleado del Ministerio Público.

En detallado informe rendido por el funcionario de instrucción al señor Director del Departamento de Vigilancia Judicial y Administrativa del Ministerio de Justicia, de fecha 29 de agosto de este año, se expresa (fs. 18 y 19):

"Pero el apoderado de Juan de la Cruz Sánchez Zambrano quiere a toda costa que el doctor Antequera se encargue del asunto. Y no satisfecho con las numerosas quejas sin resultado que llevó hasta la Procuraduría General de la Nación, ahora se queja ante el Gobierno y dice que me he negado a enviar el expediente sin que ello sea exactamente cierto porque el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior no lo ha reclamado. Parece que aunque desea que le llegue, se vale de otros medios como para tratar de atemorizar a este funcionario que sólo aspira a cumplir honrada y lealmente con su deber.

"Además de las innumerables acusaciones que desde su época de Personero ha sufrido el doctor Antequera, relacionadas con actuaciones poco claras dentro del cargo que le ha tocado desempeñar, ahora como Fisal del Juzgado Primero Superior, después de todo esto de que he venido hablando, se le ha acusado ante el Fiscal del Honorable Tribunal Superior, doctor Salazar, de haber negociado por mil o por quinientos pesos, la libertad de una sindicada. Este hecho lo puso en mi conocimiento el señor Delegado de la Procuraduría General de la Nación, doctor Diofanor Peñas, quien habiendo escuchado el denuncio de parte del abogado ofendido, hizo que lo repitiera en presencia del señor Fiscal del H. Tribunal Superior.

"Esa es a grandes rasgos la situación a que usted señor Director del Departamento de Vigilancia Judicial, se ha referido en su atento telegrama del 26 de los corrientes. Sólo resta agregar que se sabe de seguro el proyecto de atemorizar a las víctimas del delito que se investiga, tratando de hacer creer que podrán hacer comparecer al Gerente del Banco Francés e Italiano, como sindicado, para lograr con ello que la institución perjudicada no reclame justicia".

Resulta de otro lado la actuación por parte del apoderado del sindicado Juan de la Cruz Sánchez, tendiente a obtener la terminación del proceso, conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, no obstante la gravedad del asunto, entre otras cosas, por la importancia de la cuantía del negocio.

El señor Procurador General de la Nación, en oficio Nº 534, de fecha 8 del mes en curso, dirigido al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, dice:

"He recibido el oficio número 894 suscrito por el doctor Diofanor Peñas, Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Barranquilla, junto con el cual me remitió copia del oficio número 891 dirigido al Ministerio de Justicia en el cual pide a ese Ministerio cambio de radicación del sumario contra Eduardo Pión, Sigifredo López y otros por fraudes perpetrados en el Banco Francés e Italiano —Sucursal de Barranquilla—.

"Como la Procuraduría se encuentra de acuerdo con lo solicitado por el Fiscal del Juzgado Tercero Superior de Barranquilla, me permito enviar a usted, adjuntas, algunas copias que le sirven de antecedentes al cambio de radicación a que he hecho referencia".

Considera la Corte:

Es incuestionable, por lo relacionado, que en el Distrito Judicial en que se está llevando la investigación de tan grave negocio como al que hace referencia el cambio de radicación solicitado, se presenta una situación que no se compadece con una recta, pulcra y honesta administración de justicia.

Los hechos escuetos que los informes presentan permiten creer que la investigación de este negocio, cuya cuantía precisa no se ha fijado aún, pero puede elevarse a una suma todavía mayor, establecen la posibilidad de que se interfiera su desarrollo, con actuaciones de personas vinculadas al proceso, impidiendo que la justicia se cumpla sin

tropiezos y dé a cada uno lo que es suyo, pero en forma imparcial y sin el peligro de extrañas interferencias.

Precisamente el precepto legal que permite modificar la jurisdicción por razón del territorio, el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, señala como elemento para el cambio de radicación de un proceso, que sea conveniente para la recta administración de justicia.

Puede decirse que en esa expresión, es decir la conveniencia, está contenido todo el fundamento de esa importante medida autorizada en la ley cuando dicha contingencia se presente.

Es así como se quiere decir que ella se tome cuando sea útil y provechosa, corresponda a una necesidad y procure el decoro mismo de la administración de justicia.

Tiende, pues, a procurar que ningún peligro amenace la justicia; que todo posible peligro de parcialidad sea eliminado a tiempo y a impedir que el ambiente en donde un proceso se desarrolla o investiga trate de tener influencia para desviar el cauce de la ley o el cumplimiento estricto, inmodificable y sereno de sus decisiones.

Cuando los intereses en juego que procesos de esta naturaleza despiertan, o el temor, la venganza o las amenazas veladas o intimidativas o los halagos remunerativos, puedan aparecer en el curso de un negocio, la rectitud de la justicia, su imparcialidad y aún el mismo decoro de los funcionarios hace viable y conveniente la medida que autoriza el artículo 58.

El cambio de radicación de un determinado proceso tiene un interés público y social. Cuando tal situación se presente o por lo menos exista la fundada creencia de que puede aparecer en el curso de una investigación, precisa retirar cualquier obstáculo que impida la realización de una recta e imparcial justicia.

Dados los informes contenidos en el expediente, provenientes de los propios funcionarios que actúan en el proceso, y las circunstancias de ambiente, claras unas, veladas las otras, pero todas reveladoras de una penosa situación que no puede continuar, la presencia de las circunstancias que permite el cambio de radicación se han cumplido y es el caso de así conceptuarlo en forma favorable.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación del proceso a que se refieren estas diligencias.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSALES PRIMERA Y SEGUNDA DE CASACION — REQUISITOS PARA QUE SEA APLICABLE LA PENA ACCESORIA DE RELEGACION A COLONIAS AGRICOLAS PENALES — EL OBRAR CON LA COMPLICIDAD DE OTRO PREVIAMENTE CONCERTADA, COMO CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD—CUANDO PUEDE TENERSE EN CUENTA LA DE MENOR PELIGROSIDAD CONTEMPLADA POR EL NUMERAL 9º DEL ARTICULO 38 — DELITO CONTINUADO

1.—El actor ataca el fallo materia del recurso fundándose en que no está probada la materialidad de la infracción, y entonces la causal que ha debido invocarse, es la segunda, porque es ésta la que contempla lo relativo a la errada interpretación o apreciación de los hechos, en cuanto "sean ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Cuando se presenta una situación como la alegada en el presente caso, ha sostenido la Corte en diversas ocasiones que la causal que debe aducirse como principal es la segunda, y subsidiariamente la primera, porque para atacar los elementos que estructuran el delito, hay necesidad de que primero se estudien y analicen los hechos que lo constituyen y las pruebas pertinentes, para luego determinar los preceptos sustantivos que los preven y reprimen. Si no se estudian primero las situaciones contempladas en la causal segunda, no se puede llegar a las que se comprenden en la causal primera, en fuerza de la naturaleza y relación de las cosas sub judice.

2—Alude el artículo 33 del Código Penal a la pena accesoria de relegación a colonias agrícolas penales, que debe imponerse a los delincuentes que sean juzgados como responsables de delitos cometidos en concurso real o material, debiendo tenerse en cuenta el número de delitos cometidos y la personalidad del agente.

Son, pues, dos criterios directivos los que suministra dicha norma y que deben cumplirse para que sea aplicable aquella pena accesoria:

a) El índice legal, derivado de la pluralidad de los ilícitos cometidos, que deben ser cuatro o más; y

b) El índice psicológico, resultante de la naturaleza y modalidades de los hechos punibles, los motivos determinantes y las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostrativo de una tendencia persistente al delito.

3.—El delito continuado lo consagra expresamente el artículo 32 del Código Penal. Pluralidad de hechos o de acciones delictivas; violación repetida de una disposición de la ley penal; y existencia del mismo designio en tal violación, son los presupuestos de ese delito.

La unidad en el designio sólo puede predicarse cuando se trata de diversos sujetos pasivos, en los casos en que el bien jurídico está fusionado o confundido en una misma masa o en un solo haz; pero cuando aquel bien está individual y particularmente radicado en personas distintas, separado e independiente, aquella unidad es inadmisible.

En este proceso, no puede negarse que las acciones físicas y subjetivas realizadas por los procesados fueron varias y que mediante ellas violaron en forma repetida la disposición penal que prevé y sanciona el delito de estafa, pero los daños ocasionados mediante esas acciones, fueron distintos y separables unos de otros. La simple consideración de que hubo diversas personas lesionadas y de que cada hecho tuvo lugar en tiempo y sitios diferentes, y en patrimonios completamente distintos, rompe la unidad en el designio, no dándose el fenómeno del ilícito continuado.

4.—La circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el numeral 9º del art. 37, consistente en obrar "con la complicidad de otro, previamente concertada", no puede tenerse en cuenta en casos en los que la cir-

cunstancia prenombrada es parte integrante de los elementos constitutivos del ilícito o ilícitos cometidos, como ocurriría en delitos como el de asociación para delinquir, en el que la pluralidad de sujetos activos de la infracción y el concierto para cometerlo, son condiciones integrantes de la figura, pero esta situación no se presenta en infracciones como las que son materia del fallo recurrido, en las que la pluralidad de los actos punibles la contempla nuestra legislación sustantiva, por dos aspectos distintos: como hechos que por sí solos dan lugar a responsabilidad principal o accesoria, según el caso, y al mismo tiempo, como circunstancia de mayor peligrosidad, cuando se realizan por más de una persona y hay concierto entre ellas en su ejecución.

Esto se funda en que la concurrencia de más de una persona para cometer los hechos punibles y el concierto entre ellas, le dá a la infracción una gravedad especial, reveladora de la perversidad criminal de quienes así proceden, por la seguridad y eficacia con que actúan, y por la mayor alarma social que produce el ilícito ejecutado en esas condiciones. Por ello, una cosa es el grado de responsabilidad, principal o accesoria, en que incurre el delincuente por su participación en el delito cometido, y otra muy distinta, la gravedad que adquiere el mismo delito, cuando hay acumulación concertada de acciones físicas y psíquicas de varias personas, porque en estos casos los agentes revelan una mayor peligrosidad y la contracción del sentimiento de la seguridad de los asociados, asume mayores proporciones. Solamente cuando la concurrencia de varias personas a la realización del delito es instantánea u ocasional, la agravante desaparece, por carencia del vínculo doloso entre los complicados y por falta de acuerdo para la ejecución del ilícito.

5.—El numeral 9º del artículo 38 exige, para que se configure la circunstancia de menor peligrosidad allí prevista, una doble condición: presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el hecho, y confesarlo. Es decir, que haya de parte del procesado algo así como el arrepentimiento del hecho punible cometido y facilitar a la justicia el pronto descubrimiento de los hechos y de sus autores.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pereira, por sentencia fechada el seis de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, condenó a Alejandro Yepes Bermúdez y a Víctor Manuel Castillo, a las penas principales de cinco años de prisión y multa por valor de cincuenta pesos ($ 50.00) para cada uno, y a la pena accesoria de relegación a una colonia agrícola penal por el lapso de tres años, como responsables de los delitos de estafa y abuso de confianza.

Contra esta sentencia interpusieron el recurso de casación los procesados y nombraron al doctor José Luis Tamayo Salazar, como su apoderado. Este abogado, presentó ante la Corte la correspondiente demanda de casación, sustentando las causales primera y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos y actuaciones procesales. El señor Procurador Delegado en lo Penal, puntualiza los hechos materia del proceso y la marcha del expediente, en la siguiente forma:

"En el año de 1949 y a principios de 1950, los señores Alejandro Yepes Bermúdez y Víctor Manuel Castillo, con nombres simulados y haciéndose pasar en algunos casos por vacunadores oficiales, se dieron a la tarea de vender en el territorio nacional productos falsificados de veterinaria, imitando envases, marcas y etiquetas de los que usan los laboratorios acreditados "Behring", "Byala", "Lyx", "Franklin" y "Samper Martínez".

"Víctimas de estos engaños fueron las siguientes personas:

"En Palmira: Arcadio Tenorio y Eduardo Molina.

"En Cali: Buenaventura Jaramillo y Camilo Borrero.

"En Ibagué: Delio Suárez y Elías Morón.

"En Zipaquirá: Delio Carrizosa.

"En Bucaramanga: Luis Emilio Ruíz.

"En San Gil: Luis Alejandro Tapias.

"En Venecia (Antioquia): Jesús María Delgado Mesa, a quien, según su dicho, le vacunaron 23 cerdos, todos los cuales murieron a consecuencia de esas drogas.

"En Medellín: Alejandro Johnson, Horacio y Fidel Ochoa.

"Y en Armenia intentaron la misma maniobra con la señora María Jaramillo de Uribe, pero ella —que se hallaba en antecedentes del ilícito negocio— se puso en connivencia con los Agentes de la Seguridad, y éstos capturaron **inflagranti** a Víctor Manuel Castillo y, a pocos pasos, a Alejandro Yepes Bermúdez, quien estaba esperando a su compañero mientras ejecutaba el timo.

"La investigación principal la llevó a término el Juez 77 de Instrucción Criminal, comisionado por el señor Ministro de Justicia con amplios poderes para trasladarse a distintas ciudades del país. A dicho sumario se juntó el iniciado por el Inspector Primero Municipal de Armenia, referente a la tentativa de estafa a la señora Jaramillo Uribe.

"El proceso único correspondió al Juez Tercero Penal del Circuito de Bogotá. Este funcionario, en auto de 18 de agosto de 1950, consideró que los delitos investigados "tenían completa relación entre sí y que sus autores o partícipes eran unos mismos"; y, en consecuencia, de acuerdo con el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, dispuso remitir el negocio al Juzgado Penal del Circuito de Armenia, por haber sido allí donde primero fueron capturados los responsables.

"Este último funcionario declaró cerrada la investigación y, por auto 9 de septiembre de 1950, llamó a responder en juicio a Yepes Bermúdez y a Castillo Martínez, por usurpación de funciones públicas, delitos contra la salubridad pública, contra la economía nacional, la industria y el comercio, estafa y abuso de confianza, así:

"El de usurpación de funciones, por haberse hecho pasar por vacunadores oficiales ante el señor Jesús María Delgado Mesa, sin serlo.

"Los relativos a la salubridad pública y a la economía nacional, por haberse encontrado en su poder un pequeño lote de marihuana, y por haber dado al expendio productos dañinos para la salud, mediante falsificación de envases, etiquetas, marcas, etc. de varios laboratorios acreditados en Colombia.

"El de estafa, por haber inducido a error a los compradores de los productos expresados.

"Y el de abuso de confianza, por haber inutilizado 23 cerdos de propiedad del señor Delgado Mesa.

"Adelantado el juicio, el Juez del conocimiento lo clausuró con sentencia condenatoria, en la que les impuso a los procesados las penas principales de 32 meses de prisión y multa de $ 30.00 para cada uno, por los delitos indicados en el auto de proceder.

"El fallo fué apelado por el Agente del Ministerio Público, y, al desatar el recurso, el Tribunal Superior de Pereira modificó aquél, en el sentido de descartar los delitos de usurpación de funciones públicas, contra la salubridad pública y contra la economía nacional, la industria y el comercio. En consecuencia, sólo dejó los ilícitos de la estafa y del abuso de confianza y otras defraudaciones, al tenor de los artículos 408 y 427 del Código Penal. Por ellos condenó a los acusados a las sanciones ya dichas al principio de esta vista".

Determinados los hechos y narrada la actuación procesal, en la forma antes indicada, corresponde entrar en el estudio de los cargos que se hacen contra la sentencia recurrida, haciéndolo en el mismo orden en que lo hace el demandante.

Causal primera. Violación de la ley penal.

Esta causal la funda el demandante en varios motivos:

a) Haberse aplicado en la sentencia de segundo grado los artículos 412 a 428 del Código Penal, a "hechos no regulados por ellos", pues no se han realizado los ilícitos previstos en tales disposiciones, denominados abuso de confianza y otras defraudaciones;

b) Haber sido aplicada indebidamente la pena accesoria de relegación a colonias agrícolas, pues el artículo 33, inciso 2º del Código Penal, exige para que se pueda imponer esa pena, que el responsable haya cometido cuatro o más delitos, y en el caso de autos, los acusados sólo realizaron dos (estafa y abuso de confianza), como lo afirma el mismo Tribunal;

c) Haber reprimido un concurso material o real de infracciones, cuando se ha cometido solamente un delito, de carácter continuado, de las características contempladas por el artículo 32 del Código Penal; y

d) Que se individualizó la sanción en forma equivocada, pues el Tribunal no tuvo en cuenta la circunstancia de menor peligrosidad prevista por el numeral 9º del artículo 38 del mencionado Código, computando en cambio, otras circunstancias que no tuvieron ocurrencia, como la complicidad previamente concertada, el hacer más nocivas las consecuencias del delito y el llevar consigo uno de los procesados, cierta dosis de marihuana.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario examina a espacio cada uno de los motivos alegados por el actor en relación con la causal primera, llegando a la conclusión de que ninguno de ellos es aceptable, a excepción del que se refiere a haberse tenido en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad, el hacer más nocivas las consecuencias del ilícito por haberse realizado los hechos empleando marihuana y otros "asquerosos líquidos que vendieron y con los cuales mataron diversos animales", cargo que en su concepto está probado y debe prosperar.

Al examinar los cargos hechos en la demanda, se precisarán los puntos de vista de la Procuraduría.

Se considera:

El primer motivo invocado en el libelo, se refiere a la inexistencia del delito de abuso de confianza y otras defraudaciones. Esto quiere decir, que el actor ataca el fallo materia del recurso fundándose en que no está probada la materialidad de dicha infracción, y entonces la causal que ha debido invocarse, es la segunda, porque es ésta la que contempla lo relativo a la errada interpretación o apreciación de los hechos, en cuanto "sean **elementos constitutivos del delito**, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Cuando se presenta una situación como la alegada en el presente caso, dice el Procurador Delegado en lo Penal y también lo ha sostenido la Corte en diversas ocasiones, que la causal que debe aducirse como principal, es la segunda y subsidiariamente la primera, porque para atacar los elementos que estructuran el delito, hay necesidad de que primero se estudien y analicen los hechos que lo constituyen y las pruebas pertinentes para luégo determinar los preceptos sustantivos que los preven y reprimen. Si no se estudian primero las situaciones contempladas en la causal segunda, no se puede llegar a las que se comprenden en la causal primera, "en fuerza de la naturaleza y relación de las cosas **sub judice**".

El representante de los procesados se abstuvo de invocar la causal segunda, creyendo que los hechos que ella contempla llevan necesariamente a la causal primera. Y si bien es cierto, que ello es así, apreciado el problema de acuerdo con el derecho abstracto, no lo es en conformidad con las reglamentaciones de la ley procesal penal, porque con base en ésta, deben invocarse separadamente cada uno de los motivos que dan lugar a la casación, sin que sea aceptable involucrar una causal en otra. Y cuando ello no ocurre, existe la prohibición expresa de tenerlas como invocadas y por eso, dispone el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal:

"La Corte no podrá tener en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes".

Refiriéndose a este problema, conceptúa el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"Este rigor en la técnica de la casación no es que se resienta de un formulismo aberrante, ni que constituya un obstáculo al reconocimiento del derecho sustantivo, sino que obedece simplemente a la naturaleza y alcance del recurso extraordinario que, como controversia que es entre el fallo demandado y la ley, en orden a uniformar la jurisprudencia, está sometido a un especial tratamiento legal en su forma y en su fondo, para que en nada se parezca a una tercera instancia.

"En su forma, porque la demanda debe contener un resumen de los hechos materia del debate, la indicación expresa de las causales pertinentes y el estudio de ellas en capítulos separados, cuando fueren varias. Y en su fondo, porque el libelo debe expresar, necesariamente, los fundamentos jurídicos de cada motivo de casación, con cita de los textos legales que el recurrente considera infringidos por el Tribunal. Exigencias éstas que consagra el artículo 531 del Código Judicial, aplicable al ramo penal por virtud del mandato del artículo 7º de la ley 94 de 1938.

"La casación es, por tanto, un recurso de elevada juridicidad y de exigente manejo.

"Además, es de la esencia del derecho procesal positivo el empleo de ritualidades y formulismos para garantía social, orden en las actuaciones, validez de éstas y para fijar las bases y condiciones en que ha de moverse el poder jurisdiccional del Estado".

También la Corte se ha expresado acerca del mismo punto, en los siguientes términos: "...en la interpretación de los libelos forenses, dentro de un régimen legal de reglamentación profesional de la abogacía, no es aceptable, como en materia contractual, el sistema subjetivo que busca preferencialmente la intención, justificada allí por la explicable ignorancia de tecnisismo jurídico en la generalidad de los contratantes, sino más bien el objetivo de la voluntad declarada que se impone en la interpretación de la ley". Y añade, "...dentro de nuestro sistema procesal, los jue-

ces no pueden enmendar ni pasar de largo sobre equivocaciones técnicas de las demandas en puntos sustanciales" (GACETA 2073-74, pág. 88).

Se deduce de lo anterior, que la causal primera invocada, es ineficaz para proceder al estudio y análisis del cargo en mención, por tratarse, como ya se ha dicho, de un punto substancial, —cuerpo del delito e inexistencia del mismo— que exige un examen detallado de los hechos y de sus pruebas, lo cual es propio de la causal segunda, que no ha sido alegada.

En consecuencia, no es admisible la acusación que se hace en la demanda, en lo referente a que no se cometió por los procesados el delito de abuso de confianza y otras defraudaciones.

2º—El segundo cargo que se hace en el libelo, consiste en que se aplicó indebidamente en la sentencia, la pena accesoria de relegación a Colonias Agrícolas Penales.

El Código Penal dispone que en los casos de concurso material o real, que se juzguen en un mismo proceso, se aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto. Y agrega, en el inciso segundo:

"Además de esta sanción, se aplicará como accesoria la relegación a una colonia agrícola penal por dos a diez años, si los delitos cometidos fueren cuatro o más y si la naturaleza y modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente demostraren en éste una tendencia persistente al delito".

Alude esta disposición, a la pena accesoria de relegación a colonias agrícolas penales que debe imponerse a los delincuentes que sean juzgados como responsables de delitos cometidos en concurso real o material, debiendo tenerse en cuenta el número de delitos cometidos y la personalidad del agente.

Son, pues, dos criterios directivos los que suministra dicha norma y que deben cumplirse, para que sea aplicable aquella pena accesoria:

a) El índice legal derivado de la pluralidad de los ilícitos cometidos, que deben ser cuatro o más; y

b) El índice psicológico resultante de la naturaleza y modalidades de los hechos punibles, los motivos determinantes y las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostrativo de una tendencia persistente al delito.

En lo que se relaciona con este punto, se dice en la sentencia sujeta al recurso:

"...Para dar cumplimiento al inciso segundo del art. 33, se aplica además, como accesoria, la relegación a una colonia agrícola penal, por tres años, en vista de que los delitos cometidos fueron más de cuatro, y también por la "naturaleza y modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado por los agentes", que demuestran en éstos una tendencia persistente al delito".

En este aparte del fallo de segunda instancia, como lo observa el Procurador Delegado en lo Penal, se advierte una completa falta de sustentación jurídica, para llegar a la conclusión de que los procesados por la concurrencia de los factores que enumera la ley, demuestran "una tendencia persistente al delito". Hay, por lo tanto, ausencia de fundamentación jurídica sobre esa parte de la sentencia y esta omisión, hubiera podido justificar la presentación por parte del actor, de la causal quinta, pero no la invocó.

En la demanda se ataca la sentencia, en lo relativo a la pena de relegación a colonias agrícolas penales, afirmando que los sentenciados no cometieron cuatro delitos o más, sino únicamente dos, los de estafa y abuso de confianza y que así lo afirma el Tribunal en dicho fallo. A ésto se anota, que si bien esta entidad, habla de los delitos de estafa y abuso de confianza y otras defraudaciones, como de las figuras jurídicas de los delitos que se estructuran en el proceso y hasta llega a decir "De los dos ilícitos arriba enumerados, el "De la estafa" es el de peores consecuencias para los procesados. Será, por virtud del art. 33 del Código Penal, el que dá la tónica para graduar la pena atribuible a ellos", esás afirmaciones del Tribunal tienen un sentido genérico y hay que darles la interpretación que corresponde, no la que les dá el representante de los procesados, de que éstos no cometieron sino un solo delito de estafa y otro de abuso de confianza y otras defraudaciones, sino la de que los hechos cometidos tienen en el Código Penal la denominación de estafa y abuso de confianza y otras defraudaciones.

El número de delitos —cuatro o más—, lo acepta y reconoce la sentencia del Tribunal, al decir "que de las investigaciones del Juez de Instrucción Criminal, se desprenden doce ilícitos más..." y que "los delitos cometidos fueron más de cuatro". Y ésto también aparece del auto de proceder, donde se dice:

"Como bien se ve, **son doce casos** de ventas hechas de drogas que con sus nombres y cantidad se

mencionan en las facturas que se han mencionado".

De suerte que, la multiplicidad de los delitos, indispensable para imponer la pena accesoria de relegación a colonias agrícolas penales, sí la tuvo en cuenta el Tribunal al fallar, puesto que no reprime dos únicos delitos —una estafa y un abuso de confianza y otras defraudaciones—, sino doce infracciones de la misma especie, claramente individualizadas. Lo relacionado con el problema de que si están o no probadas esas infracciones, es una cuestión de que no puede ocuparse la Corte, porque como se ha dicho, el actor no invocó la causal segunda de casación.

Por consiguiente, el cargo examinado tampoco prospera.

3º—Manifiesta el actor, que en el caso de autos, los procesados cometieron un solo delito, puesto que únicamente ejecutaron varios actos repetidos que constituyen una sola infracción.

Esta tesis no fué demostrada por el representante de los recurrentes y esta sola consideración, sería suficiente para rechazar ese nuevo cargo contra la sentencia. Sin embargo, el Procurador Delegado en lo Penal, hace en relación con ese punto, las consideraciones siguientes:

"Como lo expuso la Procuraduría en otra ocasión, el delito continuado lo consagra expresamente el artículo 32 del Código Penal. Pluralidad de hechos o de acciones delictivas; violación repetida de una disposición de la ley penal y existencia del mismo designio en tal violación, son los presupuestos de ese delito.

"Para penetrar en la esencia jurídica de esta figura, debe tomarse con criterio directivo el del bien jurídico que pretende tutelar la ley penal, en el sentido de que cuando la acción delictiva perjudica o pone en peligro un interés jurídico radicado en una persona natural o moral, la infracción se encuentra ya perfeccionada y agotada también la resolución del agente o el designio con que procedió.

"De esta suerte, cuando quiera que el bien jurídico esté protegido en relación con séres individualizados, y no como amparo a la colectividad, el delincuente, al lesionar ese bien, no puede llevar la continuidad del propósito para lesionar bienes que individualmente pertenezcan a otras personas.

"Así por ejemplo, la ley protege el bien jurídico de la vida humana, pero la existencia de cada hombre en particular representa una entidad total y absolutamente separada e independiente de la existencia de otra persona. Quien con una sola acción —aunque sea con diversos actos o con varias acciones— suprime la vida a distintas personas, no puede tener un único designio, porque los bienes jurídicos que vulnera están de tal manera distanciados, que no puede existir un puente que una la conciencia criminosa del delincuente, como si se tratase de un solo hecho.

"En la violencia carnal, el pudor personal, la libertad individual, el honor sexual, son bienes tan personalísimos, que cada hecho no solamente agota los elementos del delito, sino que pone un muro que impide la continuidad en el propósito, cuando la violación se realiza sobre diversas personas.

"Por tanto, en estos ejemplos, no puede haber delito continuado.

"En resumen, la unidad en el designio sólo puede predicarse cuando se trata de diversos sujetos pasivos, en los casos en que el bien jurídico protegido está fusionado o confundido en una misma masa o en un solo haz; pero cuando aquel bien está individual y particularmente radicado en personas distintas, separado e independiente, aquella unidad es inadmisible".

En este proceso, no puede negarse que las acciones físicas y subjetivas realizadas por los procesados fueron varias y que mediante ellas, violaron en forma repetida la disposición penal que prevé y sanciona el delito de estafa, pero los daños ocasionados mediante esas acciones fueron distintos y separables unos de otros. La simple consideración de que hubo diversas personas lesionadas y de que cada hecho tuvo lugar en tiempo y sitios diferentes, y en patrimonios completamente distintos, rompe la unidad en el designio criminoso y la continuidad del delito, no dándose el fenómeno del ilícito continuado.

En consecuencia, los artículos 32 y 33 del Código Penal, citados por el actor, no se violaron en la sentencia recurrida y el cargo que por este aspecto se hace contra ésta, es inadmisible.

4º—Se dice en la demanda que la sanción se individualizó en forma equivocada en la sentencia, puesto que no se tuvo en cuenta a los sentenciados la circunstancia de menor peligrosidad que prevé el numeral 9º del artículo 38 del Código Penal, computándoles en cambio otras circunstancias que no tuvieron ocurrencia, tales como la complicidad previamente concertada, el haber hecho más nocivas las consecuencias del delito, y el llevar uno de los procesados, cierta dosis de marihuana.

El Tribunal al examinar ese punto del proceso, dice que los hechos fueron realizados dentro de varias circunstancias de mayor peligrosidad de las contempladas por el artículo 37 del estatuto

represivo, pues hubo preparación ponderada de los delitos, complicidad previamente concertada con marihuana "y otros asquerosos líquidos que vendieron y con los cuales mataron diversos animales, haciendo más nocivas las consecuencias penales; y que su manera de obrar, denota perversidad e inclinación al delito. De ésto se deduce, las circunstancias genéricas de agravación que contemplan los numerales 5º, 9º y 12º del artículo 37 del Código Penal y el factor personalidad del agente, de que habla el artículo 36 de la misma obra".

En relación con las circunstancias de menor peligrosidad, nada dice el fallo materia del recurso.

El demandante sólo acepta, como procedente la circunstancia de la preparación ponderada de los delitos, rechaza las restantes y no combate la que se refiere a la peligrosidad individual de los sentenciados.

Sostiene que 'no hubo complicidad sino responsabilidad directa y como tal han sido sancionados los justiciables. Por ello no es justo ni legal que se vaya a considerar el delito en su doble carácter de autores, para imponerles las penas de los artículos 408 y 427 del Código Penal... y además, considerar los mismos hechos delictivos por otro aspecto, el de la complicidad, para así aumentarles la pena".

También dice: "O se es responsable directamente y se sanciona a los delincuentes como autores; o se es responsable únicamente como cómplices y entonces se les sanciona únicamente con este carácter. Pero sancionarlos doblemente: con la pena que les corresponde como autores, y después agravar dicha pena por el cómplice, es no sólo injusto sino antijurídico".

En cuanto al hecho de haber empleado marihuana y otros líquidos en la comisión de los delitos, manifiesta que no está acreditado que Yepes empleara esa sustancia y de otro lado, tal hecho se ordenó investigar separadamente por el Tribunal; y la muerte de los animales empleando las vacunas falsificadas, constituye el delito que prevé el artículo 426 del Código Penal y no puede tenerse al mismo tiempo como circunstancia de agravación.

En lo tocante a las circunstancias de menor peligrosidad, afirma el actor, que en la sentencia no se tuvo en cuenta la contemplada por el numeral 9º del artículo 38.

El cargo afirmado por el demandante, de que a los procesados se les sancionó como responsables directos de los hechos materia del proceso y al mismo tiempo como cómplices de los mismos, no corresponde a la realidad procesal. Del fallo recurrido se deduce que, a los agentes de los hechos se les tiene como coautores de los delitos en mención, y al determinar el grado de peligrosidad que les corresponde, se considera que obraron en la comisión de esos delitos con la agravante prevista por el numeral 9º del artículo 37 del Código Penal, es decir, que actuaron "con la complicidad de otro, previamente concertada". No es, por consiguiente, exacto, que se les haya sancionado como autores de los delitos y al mismo tiempo, como cómplices de los mismos.

El apoderado de los sentenciados, considera que no puede tomarse para agravar la sanción, la circunstancia de mayor peligrosidad antes enunciada, pero esta tesis carece de fundamento legal en tratándose de infracciones como las que contempla este proceso. Tendría razón, si el caso que se estudia fuera de aquellos en los que la circunstancia prenombrada es parte integrante de los elementos constitutivos del ilícito o ilícitos cometidos, como ocurriría en delitos como el de asociación para delinquir en el que la pluralidad de sujetos activos de la infracción y el concierto para cometerlo, son condiciones integrantes de la figura, pero esta situación no se presenta en infracciones como las que son materia del fallo recurrido, en las que la penalidad de los actos punibles la contempla nuestra legislación sustantiva, por dos aspectos distintos: como hechos que por sí solos dan lugar a responsabilidad principal o accesoria, según el caso, y al mismo tiempo, como circunstancia de mayor peligrosidad, cuando se realizan por más de una persona y hay concierto entre ellas en su ejecución.

Esto se funda, en que la concurrencia de más de una persona para cometer los hechos punibles y el concierto entre ellas, le dá a la infracción una gravedad especial, reveladora de la perversidad criminal de quienes así proceden, por la seguridad y eficacia con que actúan, y por la mayor alarma social que produce el ilícito ejecutado en esas condiciones. Por ello, una cosa es el grado de responsabilidad, principal o accesoria, en que incurre el delincuente por su participación en el delito cometido, y otra muy distinta, la gravedad que adquiere el mismo delito, cuando hay acumulación concertada de acciones físicas y psíquicas de varias personas, porque en estos casos los agentes revelan una mayor peligrosidad y la contracción del sentimiento de la seguridad de los asociados, asume mayores proporciones. Solamente cuando la concurrencia de varias personas a la realización del delito es instantánea u ocasional, la agravante desaparece por carencia del vínculo doloso entre

los complicados y por falta de acuerdo para la ejecución del ilícito.

Conforme a las pruebas recogidas en el proceso, los acusados Castillo y Yepes, dada la forma habilidosa como vendían los productos con que perpetraron las estafas, necesariamente tenían que obrar de común acuerdo, mediante un plan pacientemente elaborado, pues ambos viajaban a diferentes lugares del país y ambos mediante maniobras artificiosas hicieron incurrir en error a sus víctimas, perjudicándolas en sus bienes y es por ésto, por lo que no puede descartarse en la realización de los delitos, el concierto y la unidad de la acción.

Por lo tanto, la circunstancia de mayor peligrosidad de que se viene hablando, estuvo correctamente aplicada en la sentencia de segunda instancia.

Hacer más nocivas las consecuencias del delito.

Esta circunstancia de mayor peligrosidad, prevista por el numeral 12 del artículo 37 del C. Penal, se refiere a los casos en que después de cometido el delito, el agente ejecuta actividades dirigidas a perjudicar aun más a la víctima, a sus parientes o a otras personas, agravando el daño público que produce todo delito y en ocasiones el daño particular ocasionado por el mismo. Tal situación se presentaría cuando el delincuente después de lesionar a su víctima, impide que se le presten auxilios médicos; dar muerte a una persona, con la finalidad de privar a sus allegados de la ayuda económica que aquélla les prestaba; sustarer a un comerciente los dineros o valores de su propiedad con el objeto de llevarlo a la quiebra, etc....

El fundamento que tuvo el Tribunal para computar a los procesados dicha agravante, es el de que ejecutaron los hechos punibles sirviéndose de marihuana y "otros asquerosos líquidos que vendieron y con los cuales mataron a diversos animales".

Según el parecer del señor Procurador Delegado en lo Penal, con el cual está conforme la Sala, la circunstancia rechazada por el demandante, no es de aplicación en el caso de autos, por las siguientes razones:

"Porque las vacunas falsificadas no contenían marihuana, según los dictámenes periciales del Laboratorio Forense que obran en los autos.

"Porque el hallazgo en poder de Yepes Bermúdez de un paquete que contenía esa planta, constituye un delito **per se**, que el mismo Tribunal ordenó investigar en la sentencia recurrida.

"Porque los otros "asquerosos líquidos" empleados en las vacunas fué el medio o ardid de que se valieron los procesados para consumar las estafas, y ello hace parte del cuerpo del delito de tales infracciones. Y si el uso de dichos líquidos produjo otros resultados, entonces se configura un nuevo ilícito, que tiene su propia penalidad.

"Y porque el haber matado diversos animales (los de propiedad de Jesús María Delgado), sirvió precisamente para reprimir a los responsables como autores del abuso de confianza y otras defraudaciones, aplicándoles la sanción específica prevista por el artículo 427 del Código Penal".

Concluye el representante del Ministerio Público, que en la sentencia recurrida, se tomó el hecho que se examina por dos veces para empeorar la situación de los acusados y se viola en esta forma, el principio **non bis in idem** y el artículo 37 antes mencionado, de acuerdo con el cual, las circunstancias de mayor peligrosidad deben deducirse "en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito", por lo cual el cargo analizado, debe prosperar.

Que se dejó de apreciar la circunstancia de menor peligrosidad, contemplada por el numeral 9º del artículo 38 del Código Penal.

Este precepto dice: "El presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el hecho y confesarlo".

Una doble condición exige esta disposición, presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el hecho, y confesarlo. Es decir, que haya de parte del procesado algo así como el arrepentimiento del hecho punible cometido y facilitar a la justicia el pronto descubrimiento de los hechos y de sus autores. Por ello, esa conducta del responsable la toma en cuenta la ley, apreciándola como circunstancia de menor peligrosidad.

Pero en el caso que se estudia, no fué ésa la actitud de los autores de los hechos, pues ellos no se presentaron voluntariamente a las autoridades, sino que éstas los capturaron, cuando pretendían estafar a la señora María Jaramillo de Uribe, en la ciudad de Armenia. No hubo, por lo tanto, de parte de los delincuentes manifestación alguna de sus buenos sentimientos y fueron las circunstancias especiales en que se les colocó dentro del proceso, las que los llevaron a reconocer en parte, sus actividades antisociales. Así se deduce de los elementos de prueba recogidos en la investigación y especialmente de los testimonios de los detectives Samuel Marulanda y Saúl Mario Gómez.

No se violó, por lo tanto, la ley penal, al no tener en cuenta a los sentenciados en el fallo de segunda instancia, la circunstancia en mención.

Causal Tercera. Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder.

Dice el demandante, que en el auto de proceder se imputó a los procesados el delito de abuso de confianza, y no el de abuso de confianza y "otras defraudaciones", que es la figura que genéricamente señala el Capítulo V, Título XVI y Libro II del Código Penal y en estas condiciones, "claramente se concluye con la lógica más elemental que al decir el auto de proceder que se llama a juicio por "Estafa" y "Abuso de confianza", se concretó a esta primera parte del Capítulo V expresado y excluyó del llamamiento a juicio por "Otras defraudaciones". Y como el Tribunal condenó a los acusados por abuso de confianza y "otras dafraudaciones", se apartó, del auto de proceder.

De la parte resolutiva del auto de proceder, aparece que se abre causa criminal contra los acusados por varias infracciones contempladas en el Libro II del Código Penal, y entre ellas, por "Estafa y abuso de confianza, de que también hablan los capítulos IV y V del Título 16 del referido estatuto penal".

Además observa que en la parte motiva de la misma providencia, se trascriben entre otros artículos del estatuto penal, el 426 y el 427, colocados dentro del Capítulo de "Abuso de confianza y otras defraudaciones". También se alude en la misma parte del auto de proceder, al dicho de Jesús María Delgado Mesa, quien afirma que todos los 23 cerdos murieron por consecuencia de la vacuna que se les aplicó y se agrega:

"En este hecho se contiene un delito de abuso de confianza y otras dafraudaciones por inutilización de animales, y además, un delito contra la economía nacional, la industria y el comercio por haber difundido una enfermedad en dichos animales".

El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 431 dispone que en la parte resolutiva del auto de proceder, se llame a juicio al procesado "por el delito que corresponda, el cual se determinará con la denominación que le dé el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, lesiones personales, robo, estafa", etc....

En esta forma, quiere el legislador que se puntualice el delito cometido designándolo genéricamente, a fin de que el procesado sepa cuál es el delito que se le imputa y se defienda de él y al mismo tiempo el Juez del conocimiento, lo tenga en cuenta en el momento de dictar sentencia. Tan importante es dicha ordenación legal, que la denominación genérica del delito señalada en el auto de proceder, no puede ser cambiada ni alterada al absolver o condenar al procesado y cuando se incurre en error acerca de la denominación del ilícito, ello dá lugar a nulidad en la actuación a partir del auto de llamamiento a juicio.

En el caso que se analiza, si bien es cierto que se incurrió en una omisión consistente en no haber designado en el auto de proceder uno de los delitos cometidos con la denominación de "Abuso de confianza y otras defraudaciones", sino con la de "abuso de confianza", suprimiendo la expresión "y otras defraudaciones", tal omisión fué completamente secundaria y no tuvo trascendencia de ninguna clase, ni para los intereses de los procesados ni para los de la justicia, pues en aquel auto se puntualizaron ampliamente las características del ilícito y se mencionaron el libro, título y capítulo y aún las normas que preven y sancionan dicha infracción. De suerte que, a los procesados se les hizo acerca del delito en mención, un cargo claro y determinado y no hay nada que pueda reputarse como vago e impreciso que diera lugar a dificultades en el derecho de defensa y de ésto, se concluye que el fallo acusado, se acomodó estrictamente al auto de proceder.

"Cualquiera aún el más lego en cuestiones forenses —dice la Procuraduría—, al leer el enjuiciamiento, se dá perfecta cuenta de que a los procesados Castillo y Yepes Bermúdez se les formuló un preciso delito contenido en la citada denominación de abuso de confianza y otras defraudaciones, pues el abuso y la defraudación están incluídos en un solo capítulo y forman una familia única de infracciones en el articulado de la ley penal sustantiva".

Hay, que rechazar, por tanto, la causal tercera alegada.

Como se ha aceptadò que hubo violación de la ley penal en la sentencia sujeta al recurso, por no haberse computado a los acusados una circunstancia dè mayor peligrosidad (la mencionada en el numeral 12 del art. 37 del C. P.), que no era pertinente al presente càso, en conformidad con lo dispuesto con el ordinal a) del artículo 570 del Código de Procedimiento Penal, debe invalidarse el fallo recurrido y dictar el que deba reemplazarlo.

Según se ha dicho, debe descartarse para la determinación de la sanción, la circunstancia de ma-

yor peligrosidad consistente en hacer más nocivas las consecuencias del delito. La aceptación de que esta modalidad no concurrió a la consumación de los hechos, dá lugar a que la pena fijada en la sentencia de segunda instancia, sea inferior a la que se dedujo a los procesados en este fallo. Tratándose de un concurso material de delitos, la norma básica para determinar la sanción principal es la concerniente al delito de estafa que según el artículo 408 del Código Penal, es la de uno a siete años de prisión y multa de diez a dos mil pesos. Como quedan en firme las circunstancias de preparación ponderada de los delitos y la complicidad previamente concertada, así como también la peligrosa personalidad de los delincuentes (Arts. 36 y 37, numerales 5° y 9° del C. P.), no se les puede aplicar el mínimo de la pena, sino una mayor que prudencialmente se fija en dos años dos meses de prisión y multa por valor de veintiun pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 21.58) moneda corriente. Pero como hubo un concurso material de delitos, se aumenta dicha sanción en la mitad (Art. 33 del C. P.), lo que dá tres años y tres meses de prisión y multa por valor de treinta y dos pesos con treinta y siete centavos ($ 32.37) moneda corriente.

Y como los acusados son reincidentes primarios, hay lugar a la aplicación del artículo 34 de la obra citada, que dispone un aumento de la tercera parte de la pena. De suerte que, la pena principal que debe imponerse a los acusados, es en total la de cuatro años y cuatro meses de prisión y multa de cuarenta y tres pesos con diez y ocho centavos ($ 43.18) .moneda corriente.

La pena de relegación a colonias agrícolas penales, es la de tres años, que se fijaron en la sentencia recurrida.

Las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad, son por un tiempo igual al de la pena principal; en lo demás debe quedar en firme la sentencia materia del recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde en parte con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia de fecha seis de octubre de mil novecientos cincuenta y uno, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira y en su lugar, condena a los acusados Alejandro Yepes Bermúdez y Víctor Manuel Castillo, como responsables de los varios delitos de estafa y por el de abuso de confianza y otras defraudaciones de que se les procesa en este negocio, a la pena principal de cuatro años y cuatro meses de prisión y multa por valor de cuarenta y tres pesos con diez y ocho centavos ($ 43.18) moneda corriente, para cada uno, y no a la de cinco años de prisión y cincuenta pesos por vía de multa, señalados en la sentencia que se invalida. Además, los condena a las penas accesorias de interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas y a la suspensión de la patria potestad, si la tuvieren, por un lapso igual al de la sanción principal y en cuanto a las otras penas, se deja en firme dicho fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—

Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—

Julio E. Argüello R., Secretario.

COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE ECLESIASTICOS. — LA EXPRESION "CAUSAS PENALES", QUE USA EL ARTICULO 44 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, DEBE ENTENDERSE COMO SINONIMA DE PROCESOS PENALES, Y NO EN EL SENTIDO DE JUICIO QUE LE DA EL ARTICULO 439 DEL MISMO CODIGO.—DELITO DE USURPACION DE INMUEBLES.—SUS ELEMENTOS.

1.—La expresión "causas penales" usada por el artículo 8º. del Concordato y por el 44 del Código de Procedimiento Penal, no puede entenderse sino en un sentido genérico, es decir, en sentido que indica el conjunto de actos o diligencias encaminados al ejercicio de la acción penal, y no en la acepción técnica de juicio, de que trata el artículo 439 de la Ley 94 de 1938. Y la razón es muy sencilla: el auto de proceder con que principia el "juicio" tiene que dictarlo el Juez "competente" (artículos 420, 421, 428 y 429 ibidem).

2.—Es la investidura de que goza el procesado, bien en el momento de cometer la infracción, o en algunos casos, al iniciarse el sumario, la que otorga el privilegio del fuero para el juzgamiento, ora por el respectivo superior (artículo 160 de la Constitución), en el primer caso, y en el segundo, por una autoridad de jerarquía destacada, a fin de salvar la dignidad sacerdotal o la alta investidura que tiene el sujeto pasivo de la acción penal. Al respecto pueden consultarse los artículos 97, 102, 131 y 151 de la Constitución Nacional, 42 y 43 del Código de Procedimiento Penal y 29 del Código Judicial.

3.—Los delitos contra la propiedad inmueble que se cometen con ánimo de provecho, se denominan USURPACION. Tienen semejanzas con el hurto y el robo, recaen sobre cosas ajenas, concurre la finalidad del lucro en sentido amplio, hay ausencia de consentimiento del dueño o poseedor y se emplea el fraude o la violencia. Pero la usurpación difiere del hurto y del robo en un elemento fundamental derivado de la naturaleza del bien físico objeto de la infracción. Es el factor apoderamiento o remoción de la cosa, que es imposible respecto de los inmuebles.

A éstos se les invade, pero no se les coge o aprehende. El delito se ejecuta desalojando, mas no tomándolos o sustrayéndolos. Por eso decían los latinos que IMMOBILIA NON CONTRAECTANTUR SED INVADUNTUR.

Lo cual explica que, en esta clase de ilícitos, el bien protegido por la norma penal sea propiamente la posesión y tenencia del bien inmueble, el goce del mismo, y no la propiedad, cuya adquisición se hace por los modos especiales que señala el Código Civil.

El estatuto 424 del Código represivo, pertinente al caso subjudice, está concebido en estos términos:

"El que invada arbitrariamente terrenos o edificios ajenos, públicos o privados, con el fin de obtener cualquier provecho ilícito, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior". (Arresto de dos a veinte meses y multa de diez a mil pesos).

Son, pues, elementos esenciales de la infracción:

1º Cosa inmueble;

2º Invasión de la misma;

3º Arbitrariedad en la invasión; y

4º Animo de lucro.

Estas características están indicando que el delito es típicamente doloso, porque la usurpación del bien inmueble se hace sin razón ni derecho y con el propósito de obtener un beneficio indebido, lo cual informa la acción psíquica del responsable.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, octubre tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Con fecha trece de marzo del año en curso, el Tribunal Superior de Bogotá puso término al sumario seguido contra el Presbítero doctor Luis Rubio Marroquín, Canónigo de la Catedral Primada, por el

supuesto delito de usurpación de bienes inmuebles previsto en el artículo 424 del Código Penal, de conformidad con los datos del denuncio, dando aplicación al artículo 153 del Código Procesal Penal, puesto que "los hechos a que se contrae la presente investigación no los considera la ley como infracción penal y en consecuencia se ordena la cesación de todo procedimiento".

Contra este fallo, la parte civil acreditada en el proceso, interpuso el recurso de apelación y como también tiene el grado de jurisdicción llamado de consulta, por ordenarlo así expresamente la ley, la Corte entra a decidir sobre la legalidad de lo resuelto por el Tribunal de instancia.

Podría hacerlo dando simplemente aplicación al artículo 100 del Código Penal, puesto que consta con la partida de defunción visible a folio 22 del cuaderno segundo que el señor Presbítero Rubio Marroquín falleció en esta ciudad el veintiocho de septiembre del año en curso, y como la muerte del sindicado hace cesar la acción penal, tal declaratoria sería bastante para poner término a este proceso.

Sin embargo, como la declaratoria del Tribunal tiene por base la aplicación de un texto legal que implica una decisión fundada en principios que dicen relación con la responsabilidad y sobre todo con la inocencia, no comisión o carencia de acto delictuoso en el hecho que se imputa, es el caso de entrar a fondo en la investigación para desentrañar las razones legales que motivaron la decisión de instancia y si deben ser confirmadas.

La parte civil al sustentar la apelación plantea como presupuesto inicial para el estudio de la Corte el problema de la competencia para conocer de este proceso el Tribunal que lo decidió en primer grado. Según el apelante, de conformidad con el numeral 2º del artículo 44 del Código Procesal Penal y el artículo 8º de la convención adicional del Concordato aprobada por la ley 34 de 1892, para que el Tribunal fuera competente tendría que reunir en el caso dos condiciones que señala así: "primera, ser causa criminal, y segunda contra miembro de cabildo eclesiástico". Como ninguna se ha cumplido, aquella competencia no existe.

Para dicha parte la circunstancia de decir aquellos textos legales que la competencia la radica el hecho de mencionar la palabra "causas penales" contra los Gobernadores eclesiásticos, Vicarios generales, Dignidades y demás miembros de Cabildos Eclesisáticos, dicha palabra debe tomarse en el sentido técnico de "juicio penal", es decir desde el momento en que se ha dictado auto de proceder y éste se encuentra en firme por estar ejecutoriado, como lo dispone el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal.

Estando este negocio aún en estado de sumario, cuando por ello mismo no hay auto de proceder, debe concluírse que no existe todavía primera instancia y por lo tanto el Tribunal fallador carecía de competencia para decidir.

Planteada así la cuestión, es totalmente equivocada.

No se pone en duda que los artículos antes citados, o sea el 8º del Concordato y el 44 de la ley procedimental, hacen referencia a "causas penales". Pero es manifiesto que esta palabra no puede ser usada aquí sino en un sentido genérico, o como dice con exactitud la Procuraduría, en sentido que indica el conjunto de actos o diligencias encaminados al ejercicio de la acción penal y no en la acepción técnica de juicio de que trata el artículo 439 de la ley 94 de 1938. Y la razón es muy sencilla: el auto de proceder con que principia el "juicio" tiene que dictarlo el Juez *competente* (artículos 420, 421, 428 y 429 ibidem). Luego la competencia —que es medida de la jurisdicción— se determina en estos casos en el momento de declarar cerrada la investigación y de calificar el mérito del sumario con auto de proceder o con auto de sobreseimiento (artículo 428). El "juicio", por lo tanto, presume necesariamente la competencia del Juez que calificó la investigación.

Si la tesis del recurrente fuera cierta, habría que aceptar que existe un Juez que conoce del sumario en primera instancia y un Juez diferente en primer grado del juicio, lo que es de todo punto inaceptable porque la competencia es única e indivisible y cuando se radica en determinado funcionario a éste le otorga la ley la potestad de pronunciarse sobre los actos jurisdiccionales que surjan de la acción ejercitada en el proceso.

En síntesis —dice el Procurador Delegado— los vocablos "causa", "proceso", "juicio", "asunto criminal", "delito", son equivalentes en materia penal cuando se trata de fijar la competencia del Juez para conocer del negocio en primera instancia. Ese empleo indistinto de tales términos para expresar la misma idea, lo adopta el propio legislador en los siguientes estatutos: Constitución Nacional (artículos 97 y 151); Concordato (artículos 2º, 3º, 4º, 7º, 11 y 13), y Código de Procedimiento Penal (artículos 42 a 52, 55, 56, 61, 65, 70, 72, 74, 75, 480, 556 y 557).

Por otra parte, tres factores son los que determinan la competencia, a saber: la calidad de las

personas, la naturaleza del delito y el territorio en que éste se comete, de conformidad con el artículo 150 del Código Judicial. De manera que la competencia no la fija propiamente el estado en que el proceso se halle, sino los tres factores antes señalados. Como la argumentación del recurrente se basa precisamente en el estado en que se encontraba el proceso al momento de decidirlo el Tribunal en primer grado, toda ella se derrumba con la consideración fundamental a que se ha hecho mérito.

Es indiscutible que las normas que señalan un fuero especial en los procesos penales contra los eclesiásticos por delitos comunes extraños a la religión tienden primordialmente a cumplir el acuerdo del Gobierno, consignado en el Concordato con la Santa Sede de adoptar en las leyes procedimentales del país normas que "salven la dignidad sacerdotal". De acuerdo con este precepto, la República ha prescrito en sus códigos los principios que regulan la materia de los juzgamientos de los individuos que gozan de fuero eclesiástico para ordenar que los procesos contra ellos no sean públicos y tampoco intervenga el Jurado y señalando especialmente Jueces de las más altas categorías para que conozcan de esos procesos en primera y en segunda instancia. Así, a los Jueces Superiores, de acuerdo con el artículo 45 del Código Procesal Penal, está señalada competencia para conocer, sin intervención del Jurado, de los delitos comunes cometidos por los eclesiásticos, sujetándose a las prescripciones de la ley 34 de 1892. La segunda instancia de estos procesos se surte ante el Tribunal Superior. Y éstos a su vez conocen en primer grado como Jueces *a quo* de las mismas causas que se sigan contra los Gobernadores eclesiásticos, Vicarios generales y demás miembros de los Cabildos Eclesiásticos, correspondiendo a la Corte el juzgamiento como Juez *ad quem* de los recursos de apelación de los asuntos fallados en primer grado por los Tribunales, ello de acuerdo con el numeral 2º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal y con el 8º de la ley 34 de 1892 adicional del Concordato.

Por consiguiente, es la investidura de que goza el procesado bien en el momento de cometer la infracción, o en algunos casos, al iniciarse el sumario, la que otorga el privilegio del fuero para el juzgamiento, ora por el respectivo superior (artículo 160 de la Constitución), en el primer caso, y en el segundo, por una autoridad de jerarquía destacada a fin de salvar la dignidad sacerdotal o la alta investidura que tiene el sujeto pasivo de la acción penal. Al respecto pueden consultarse los artículos 97, 102, 131 y 151 de la Constitución Nacional, 42 y 43 del Código de Procedimiento Penal y 29 del Código Judicial.

Por consiguiente, como lo anota el Procurador Delegado a quien se ha seguido en este estudio, la competencia en los asuntos de que se ha venido tratando se señala no en consideración a la naturaleza del hecho, sino teniendo en cuenta el carácter sagrado del procesado.

Estando establecido en el proceso que el Presbítero doctor Rubio Marroquín tuvo el carácter de Canónigo de la Catedral Primada, es indudable que goza de fuero especial para ser juzgado de conformidad con las normas a que se ha venido haciendo mención.

Y no es obstáculo para así decidirlo la alegación del abogado recurrente al afirmar que no está comprobada la investidura del señor Canónigo doctor Rubio Marroquín por cuanto a los autos no se trajo la copia del nombramiento y la diligencia de posesión.

Si estos documentos no obran en autos ello tiene como única explicación el haber desaparecido los archivos del Palacio Arzobispal en el incendio del 9 de abril, como consta en el expediente (fs. 80). Pero en lugar de esto y como prueba fehaciente que no puede ser redargüída, existe la siguiente certificación del Excelentísimo señor Arzobispo de Bogotá, Primado de Colombia, que dice textualmente:

"Nos *Crisanto Luque* por la gracia de Dios y de la Santa Sede Apostólica, Arzobispo de Bogotá, Certificamos: Que el Presbítero doctor Luis Rubio Marroquín, es Canónigo de la Catedral Primada por nombramiento que le hizo el Excelentísimo Monseñor Ismael Perdomo (q. e. p. d.) y que por lo tanto si se le siguiera un juicio tendría que aplicársele el artículo 8º de la ley 34 de 1892, que dice: 'De las causas criminales que se sigan contra los Gobernadores Eclesiásticos de Diócesis, Vicarios Generales, Dignidades y demás Miembros de Cabildos Eclesiásticos, conocerán los Tribunales Superiores en primera instancia, y en segunda la Corte Suprema'. Dado en Bogotá a 27 de septiembre de 1950. (Fdo.), Crisanto, Arzobispo".

Con estos elementos de prueba no se remite a la menor duda que el Canónigo doctor Rubio Marroquín tiene las calidades que le dan derecho a un fuero especial para su juzgamiento. Por tanto, el Tribunal como la Corte son competentes para ello.

Resuelta esta cuestión previa se entra a decidir sobre la responsabilidad que pueda caber al señor Canónigo sindicado Vicario Auxiliar de la Parro-

quia de La Veracruz por los hechos que le atribuye el denunciante.

En el denuncio respectivo se hace referencia a la compra hecha por Víctor M. Herrera Almanza a Jorge Camilo Martínez R. de una casa situada en la calle 18 número 3-68 de esta ciudad, que arrendó a Marco Tulio Gutiérrez y a José Jiménez Méndez. Muerto el primero de los arrendatarios, su viuda resolvió entregar la casa al Presbítero doctor Luis Rubio Marroquín, Rector de la iglesia de La Veracruz, por tener dicha Parroquia derechos en ese inmueble, entrega que ocurrió el 13 de marzo de 1950.

También aparece que la señorita Magdalena Cifuentes, por medio de testamento, instituyó heredera universal a la Iglesia de La Veracruz, y que en el juicio de sucesión de dicha señorita, se formó la hijuela número 2, en que se le adjudicaron a esa Parroquia varios derechos en la casa número 3-68 de la calle 18, la misma adquirida por Herrera Almanza por compra a Jorge Camilo Martínez, como antes se dijo.

Se afirma en el denuncio que la entrega del inmueble en mención hecha por la viuda del arrendatario Gutiérrez al Presbítero doctor Rubio Marroquín, obedeció a todo un plan fraudulento ideado por el doctor Arturo Hernández, aprobado y puesto en práctica por el Rector de la Iglesia de La Veracruz, para apropiarse del inmueble. Este cargo lo afirma así:

"Invadió y ocupó arbitrariamente en día posterior al primero de marzo del corriente año de mil novecientos cincuenta (1950), con el fin de apropiárselo, el siguiente inmueble: la casa antigua con el terreno que la sustenta y el de sus patios, situada en esta ciudad de Bogotá, sobre la calle 18 y marcada en sus puertas con los números 3-58, 3-64 y 3-68 de la calle dicha", imputándosele por consiguiente, el delito previsto en el artículo 424 del Código Penal.

Adelantada la investigación se allegaron al expediente las pruebas o documentos principales acerca de los derechos que tuvieran el denunciante, y la Iglesia de La Veracruz, en el inmueble en cuestión, y se recibieron varios testimonios, entre los cuales aparecen el del Presbítero doctor Rubio Marroquín y el de Teresa Guzmán v. de Gutiérrez, o sea quien entregó a aquél, la casa de que se trata.

El Presbítero doctor Rubio Marroquín explica que la Parroquia de La Veracruz ocupó el inmueble en calidad de copropietario o coasignatario en virtud de que por testamento de la señorita Magdalena Cifuentes Calderón se instituyó a la Parroquia heredero único universal y en el juicio de sucesión respectivo se le adjudicaron mediante hijuela, los derechos testamentarios; que sobrinos de la señorita Magdalena vendieron derechos que tenían en el inmueble como herederos de hermanos de dicha señorita, a Camilo C. Martínez, quien a su vez los vendió a Víctor M. Herrera Almánza, cesionario además de otros derechos en el inmueble y quien lo arrendó en su totalidad sin tener en cuenta los derechos de la Parroquia; pero que al vencerse el contrato de arrendamiento, el arrendatario Marco Tulio Gutiérrez se entendió con la Parroquia respetando los derechos de los comuneros, lo que hizo también la viuda de Gutiérrez muerto éste, entregando la casa a la Parroquia quien "la ocupó y la ocupa actualmente sin haber pretendido y sin pretender jamás desconocer en lo más mínimo derechos de ninguno de los comuneros".

Agrega: "...el doctor Víctor M. Herrera Almánza ha deferido a las autoridades civiles la determinación de todos los derechos que puedan corresponderle en la casa situada en la calle 18 a que varias veces se ha hecho ya referencia y ante ellas ha formulado sus reclamos, invocando siempre su condición de propietario único y exclusivo de ese inmueble. En cambio el actual Rector de La Veracruz, jamás ha pretendido negar ni al doctor Víctor M. Herrera Almánza ni a nadie que pueda tener vinculados derechos a la casa de la calle 18 citada, el ejercicio pleno y total de dichos derechos".

Existe por otra parte la constancia de que el señor Presbítero doctor Rubio Marroquín tenía el carácter de Vicario Auxiliar de la Parroquia de La Veracruz, según la siguiente comunicación visible a folio 80:

"Arquidiócesis de Bogotá.—Gobierno Eclesiástico. Número 5287.—Bogotá, diciembre 13 de 1950..... Tengo el honor de referirme al despacho de usted número 560 dirigido al Muy Discreto señor Provisor del Arzobispado en el cual solicita de esta Curia Primada, copia debidamente autenticada del nombramiento recaído en el Presbítero D. Luis Rubio Marroquín, para el desempeño del cargo que ocupa en La Veracruz.

"En respuesta tengo el pesar de informarle que no se puede enviar la copia pedida ya que el Archivo Arzobispal en donde se encontraba fue destruído totalmente el 9 de abril de 1948. Pero que se puede certificar, como en efecto se certifica, que en los primeros meses de 1941 el Excelentísimo señor Arzobispo Perdomo (q. e. p. d.) encargó al

Pbro. Rubio Marroquín de la Parroquia de La Veracruz, con todas las facultades que el Derecho Canónico concede a los Vicarios Auxiliares. Dios guarde a ustedes...".

De los elementos de juicio hasta aquí analizados y que son suficientes para las conclusiones de este fallo, se desprende que la acusación señala como presunto delito cometido por el denunciado la usurpación arbitraria de un bien inmueble.

En el Código existe una figura penal que sanciona ese ilícito (artículo 424), pero exige un elemento subjetivo, consistente en el hecho de obrar arbitrariamente y otros elementos objetivos o materiales que se hacen consistir en que ello ocurra en terrenos o edificios públicos o privados y todo con la finalidad de obtener cualquier provecho ilícito.

La invasión o usurpación no se operó en este caso con el fin de obtener ningún provecho, y menos ilícito. Las ocurrencias de un proceso civil en que las partes en controversia defienden intereses contrapuestos, sujetos a determinado bien inmueble, no permite considerar la finalidad de que habla la ley como elemento material constitutivo de la infracción.

El acusado no desconoció nunca los presuntos derechos de sus opositores en el juicio civil, se limitó a ejercer un derecho sobre lo que creía pertenecer a la Parroquia a su cargo en calidad de beneficiaria en un juicio sucesoral, pues como Vicario Auxiliar para que fue nombrado, como antes se estableció, tenía todas las facultades y prerrogativas que el Derecho Canónico concede en orden a la administración de los bienes parroquiales, y por tanto la obligación de salvaguardiarlos en cuanto fueran desconocidos.

Respecto al elemento subjetivo de la arbitrariedad en la usurpación por invasión del inmueble, basta tener en cuenta que al *modus operandi* de la actuación del señor Canónigo doctor Rubio Marroquín no es posible darle tal carácter en forma alguna. Se llevó a cabo sin ninguna circunstancia que implique aquel concepto, que por cierto fija las condiciones de imputación y sin el cual ésta no puede admitirse como entidad delictuosa.

Los expositores son explícitos en señalar que solamente pueden quedar impunes en esta clase de atentados contra la propiedad, por efecto del ánimo de ejercitar el derecho, aquellos delitos cuya figura exige positivamente el ánimo de proceder arbitrariamente o la conciencia de actuar ilícitamente. Es decir, que interpretando tal doctrina, cuando estos elementos no existen, la punibilidad tampoco existe.

Este es el caso de autos: ni forma arbitraria en la actividad del acusado, ni menos conciencia de ilicitud en su obrar puede imputársele, toda vez que se limitó a creer que podía ejercer un derecho y al hacerlo no obraba de manera que pudiera implicar ilicitud ni arbitrariedad. Su actuación la consideró como obligación propia de su cargo.

El ánimo de lucro puede provenir del ejercicio del derecho que se cree poseer. Pero la arbitrariedad en el procedimiento empleado por el agente es lo que otorga al hecho su categoría de delictuoso, como elemento subjetivo de la infracción, sin la cual no existe el dolo. Por eso, quien despoja o usurpa con ánimo de ejercer un derecho, sin arbitrariedad, no puede considerarse incurso en infractor de la ley penal, porque la posible equivocación en el proceder no implica responsabilidad cuando se obra con el convencimiento de actuar en forma lícita, ya que el ejercicio de un derecho que subjetivamente se considere existente y obligatorio por parte de quien lo hace, no puede constituir infracción tratándose de esta forma especial de usurpación, tal como la describe la ley, en orden a su existencia como entidad jurídica independiente de "otras defraudaciones" contra la propiedad.

Puede concluírse con la doctrina sustentada por los expositores que el delito desaparece o no tiene fisonomía de tal cuando el agente pretende con su proceder salvaguardiar su derecho, ejercitando el que considera tener para mantenerse en la posesión del inmueble, que ocupa movido por esas circunstancias.

Si, pues, los medios de usurpación no son ni la arbitrariedad, ni menos la violencia, el fraude o el abuso de confianza, la figura legal no encuentra manera de violarse, porque no actúan los elementos objetivos que le dan relevancia penal.

La Sala encuentra que son fiel interpretación de la doctrina legal al respecto, las siguientes consideraciones del colaborador fiscal:

"Los delitos contra la propiedad inmueble que se cometen con ánimo de provecho, se denominan *usurpación*. Tienen semejanzas con el hurto y el robo, recaen sobre cosas ajenas, concurre la finalidad del lucro en sentido amplio, hay ausencia de consentimiento del dueño o poseedor y se emplea el fraude o la violencia. Pero la usurpación difiere del hurto y del robo en un elemento fundamental derivado de la naturaleza del bien físico objeto de la infracción. Es el factor apoderamiento o remo-

ión de la cosa, que es imposible realizarlo respecto le los inmuebles.

"A éstos se les invade, pero no se les coge o aprehende. El delito se ejecuta desalojando, mas no tomándolos o sustrayéndolos. Por eso decían los latinos que *immobilia non contraectantur sed invaduntur*.

"Lo cual explica que, en esta clase de ilícitos, el bien protegido por la norma penal sea propiamente la posesión y tenencia del bien inmueble, el goce del mismo, y no la propiedad, cuya adquisición se hace por los modos especiales que señala el Código Civil.

"El artículo 424 del estatuto represivo, pertinente al caso *subjudice*, está concebido en estos términos:

"El que invada arbitrariamente terrenos o edificios ajenos, públicos o privados, con el fin de obtener cualquier provecho ilícito, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior". (Arresto de dos a veinte meses y multa de diez a mil pesos).

"Son, pues, elementos esenciales de la infracción:

1º cosa inmueble;

2º Invasión de la misma;

3º Arbitrariedad en la invasión; y

4º Animo de lucro.

"Estas características están indicando que el delito es típicamente doloso, porque la usurpación del bien inmueble se hace sin razón ni derecho y con el propósito de obtener un beneficio indebido, lo cual informa la acción psíquica del responsable.

"En el presente asunto, se tiene:

"La Iglesia de La Veracruz, de la que es Rector y representante el Presbítero Rubio Marroquín, es comunera o copropietaria de la casa tantas veces citada. Esa calidad le da derecho para poseer el bien común en todas y cada una de sus partes, a nombre y de los demás condueños, y, por lo mismo, puede administrar el inmueble, ya que los comuneros no han hecho nombramiento de administrador especial. Fuéra de que, como lo ha dicho la Corte, "del dominio de cada uno de los condueños de las cosas comprendidas en la comunidad le resultan derechos del uso de la cosa común y a sus frutos como también obligaciones en cuanto a deudas y reparaciones de la comunidad". (Casación de 26 de julio de 1936. GACETA JUDICIAL número 1949, pág. 428).

"Por lo tanto, resulta claro que el Presbítero doctor Rubio Marroquín no "invadió arbitrariamente" el inmueble objeto de la comunidad, puesto que siendo representante legítimo de uno de los comuneros, podía recibir el bien, poseerlo y administrarlo en su nombre y en el de los otros propietarios, mayormente cuando la entrega que se le hizo fue un acto espontáneo de quien tenía la casa en arrendamiento. Y el sujeto que ejerce lícitamente un derecho no comete ninguna infracción punible.

"Además, el Presbítero Rubio Marroquín reconoce ahincadamente el dominio de los restantes comuneros, y no ha derivado provecho indebido en la posesión y manejo del inmueble.

"Sus obligaciones como administrador de la cosa común y los verdaderos derechos que otras personas tengan en ésta, son cuestiones ajenas al ministerio penal. Ellas competen a la justicia civil.

"No habiendo, pues, cometido el doctor Rubio Marroquín el delito investigado en este sumario, procedió correctamente el Tribunal al clausurarlo con la sentencia a que se refiere el artículo 153 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, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal y de acuerdo con él, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello, Secretario.

CUANDO HAY LUGAR A LA SUSTITUCION DE PENAS REGULADA POR EL ARTICULO 60 DEL CODIGO PENAL.—ESTA SUSTITUCION DEBE HACERSE AL DICTAR LA SENTENCIA

1. — La sustitución de penas que regula el artículo 60 del Código Penal —muy distinta a la de la antigua ley, cuya concesión a los sentenciados era privativa de los Gobernadores— compete hoy a los falladores de instancia en el momento procesal de aplicar las sanciones, es decir, en el de fijar la pena en la sentencia.

2.—El artículo 60 del Código Penal sólo es aplicable a casos en que, por la existencia de una circunstancia modificadora, como la del artículo 28 por ejemplo, reduzca la pena a un límite inferior al fijado en el artículo 45 de la ley penal, ya que, en el caso de delitos conexos sancionados con penas de diversa especie, la norma de los artículos 31 y 33 excluye la aplicación del artículo 60.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre cuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Dr. Camilo de la Pava, condenado a la pena de un año de prisión por el Comando General de las Fuerzas Militares, por delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, solicitó primero a aquella entidad y posteriormente a la Corte, se le convirtiera a presidio aquella pena —con base en el artículo 60 del Código Penal— en atención a que desde el día tres de mayo del presente año fue trasladado a la Penitenciaría de La Picota, establecimiento únicamente destinado a cumplir penas de presidio.

El solicitante doctor de la Pava —como fundamentos de hecho— envió al Comando los siguientes certificados:

a) Del Director de la Cárcel de Distrito Judicial, según la cual estuvo detenido allí del 24 al 29 de octubre del año pasado;

b) Del Director de la Escuela de Policía General Santander, según el cual lo estuvo allí del 29 de octubre del pasado al 3 de mayo del presente;

c) Del Director de la Penitenciaría Central, según el cual ha permanecido recluído, estando allí desde el día 3 de mayo hasta hoy, tiempo durante el cual su conducta ha sido ejemplar, y

d) Del Médico Jefe del mismo establecimiento penitenciario, según el cual el doctor de la Pava "desde el tres de mayo del año en curso, ha prestado desde esa fecha una espontánea, generosa y eficaz colaboración al Servicio de la Sanidad, especialmente en lo referente a su especialidad otorinolaringológica, de la cual se han beneficiado numerosos reclusos" y " por tal motivo —añade el certificado— el servicio médico no solamente se muestra muy agradecido sino que se complace en certificarlo explícitamente".

La interpretación que el solicitante doctor de la Pava ha dado al Art. 60 del Código Penal, no es aceptable por las razones que en seguida se expresan:

a) La sustitución de penas que regula la citada norma de la ley penal —muy distinta a la de la antigua ley, cuya concesión a los sentenciados era privativa de los Gobernadores— compete hoy a los falladores de instancia en el momento procesal de aplicar las sanciones, es decir, en el de fijar la pena en la sentencia;

b) El trabajo, tanto en las cárceles como en las penitenciarías, es la base fundamental del régimen carcelario y penitenciarios (Art. 127) por lo cual es obligatorio;

c) La distinción entre el régimen de presidio y la prisión —que regulan los Arts. 46 y 47 de la

ley penal— se concreta técnicamente a la especie de establecimiento y de trabajo, de modo que los condenados a presidio cumplen su pena en las penitenciarías y en establecimientos o colonias agrícolas especiales los condenados a prisión, con la diferencia de que éstos no están obligados, como aquéllos a trabajar en obras públicas, sin que ello impida para los efectos de la individualización —como es frecuente cuando se carece de establecimientos adecuados— que en las Penitenciarías se pueda establecer régimen de prisión, y de presidio en las cárceles, y

d) El Art. 60 sólo es aplicable a casos en que, por la existencia de una circunstancia modificadora, como la del Art. 28 por ejemplo, reduzca la pena a un límite inferior al fijado en el Art. 45 de la ley penal, ya que en el caso de delitos conexos sancionados con penas de diversa especie, la norma de los Arts. 31 y 33 excluye la aplicación del Art. 60.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no accede a verificar la sustitución de pena solicitada por el doctor Danilo de la Pava.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA ENEMISTAD COMO CAUSAL DE RECUSACION

La enemistad, para que pueda ser fundamento del cambio del Juez del proceso que se busca con la recusación, está subordinada en su existencia, a varias condiciones: que sea grave, es decir, que el origen o causa de ella sea de tal naturaleza, que tenga capacidad para crear, por su intensidad extraordinaria, los sentimientos que la constituyen, como son la aversión y el odio expresados en forma de venganza, en amenazas de daño o en hechos indicativos de esos sentimientos; y que sea mutua, o sea, que vincule con igual fuerza a recusante y recusado, o bien, que en el caso de que no sea mutua, provenga del juzgador y sea de tal índole, que funde la presunción de que pueda inducirlo a la violación de los preceptos que tutelan los derechos del procesado.

Es por ésto, por lo que una situación como la enemistad grave de que habla la ley procesal, no se acredita con acusaciones interesadas de parte, ni tampoco con denuncias criminales de recusantes contra recusados, o al contrario; cuando las causas que produjeron estos incidentes, carecen de aptitud para producir ese estado de espíritu en el juzgador.

Y en el caso presente, la simple circunstancia de que el recusante hubiera tenido que dar una declaración sobre un hecho afirmado por una tercera persona en relación con el Magistrado recusado, que pudiera perjudicar a éste; a juicio de la Sala, carece de capacidad para producir enemistad grave entre el Magistrado en mención y el recusante.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Este expediente se remite a la Corte, para resolver sobre el incidente de recusación propuesto por el señor Víctor R. Quesada contra el doctor Aureliano Perea Aluma, Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó, para conocer del proceso que contra aquél se sigue en este Tribunal, por los delitos de Falsedad en documentos, peculado y hurto.

El negocio antes relacionado, fué al Tribunal de Quibdó por apelación interpuesta por el Fiscal del Juzgado Superior de la misma ciudad, contra el auto de fecha veintidos de julio pasado dictado por el mismo Juzgado, en cuanto por él se sobresee a favor del mencionado Quesada M., Julián Mena C. y Onofre Parra. También se remitió dicho proceso, en consulta de los sobreseimientos definitivos dictados a favor de otros sindicados.

Remitido el asunto a dicha Corporación y sometido al reparto, correspondío al Magistrado doctor Aureliano Perea Aluma. El sindicado Víctor R. Quesada M., dirigió a este funcionario varios escritos (Fls. 27, 28 y 29, Cuad. Nº 4) en los que le solicita se declare impedido para conocer del mencionado negocio y lo recusa, afirmando que existe la causal prevista por el numeral 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, es decir: Que existe enemistad grave entre el recusante y el Magistrado a quien correspondió conocer del asunto.

Quesada invoca como fundamento de dicha recusación, lo siguiente:

Que le tocó declarar en contra del doctor Perea Aluma, en el Juzgado del Circuito en lo Civil —extra judicialmente— y más tarde ante el Juez 36 de Instrucción Criminal, en la denuncia que le hizo el señor Edgardo Santacoloma Villa, de que no obstante ser Magistrado del Tribunal, había seguido litigando.

Agrega que, considera que por ese motivo existe enemistad personal entre el recusante y el Magistrado doctor Perea Aluma y por lo tanto, debe declararse impedido.

El Magistrado doctor Perea Aluma, por medio de auto de fecha veinte de agosto pasado, contesta la solicitud del señor Quesada, diciendo:

a) Que no existe la causal invocada, pues no es enemigo en grado alguno del recusante y al contrario, siempre lo ha estimado, sin que por éso pueda decir que haya sido su íntimo amigo;

b) Que es verdad que en una documentación elevada ante el Procurador General de la Nación, por el señor Edgardo Santacoloma Villa, con el objeto de fundamentar en su contra una acusación por

un supuesto ejercicio ilegal de la abogacía, apareció una declaración del señor Víctor R. Quesada M. en la que éste afirma haberle oído decir a la señora Leticia Díaz Bello, que el doctor Perea Aluma era su apoderado judicial en un juicio por alimentos contra el ingeniero Oscar Castro Conto, pero que esa declaración en ningún momento ha constituído para él causa de enemistad contra Quesada, pues cuando tuvo la oportunidad de leerla, se enteró de que ningún daño le hacía; y

c) Que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 76 del C. de Procedimiento Penal, el recusante está en la obligación de acompañar al escrito de recusación, las pruebas que la fundamenten y ésto no lo hizo el recusante Quesada, por lo cual cree que no puede prosperarle.

Manifiesta además, que no tiene ningún interés en seguir conociendo del negocio contra dicho individuo, pero que no se pueden dar como ciertas causales de recusación que no existen y trascribe varias jurisprudencias de la Corte, sobre la enemistad como causal de recusación o de impedimento, ordenando que pase el expediente a los otros dos Magistrados que integran la Sala, para que resuelvan sobre la causal de recusación en referencia.

El resto de los Magistrados que integran la Sala de Decisión del doctor Perea Aluma, en auto fechado el veintiocho de agosto siguiente, después de examinar los motivos aducidos por el recusante Quesada M. y la contestación a que éstos dió dicho Magistrado, dice que aquél hace nacer la enemistad del hecho de haber declarado varias veces contra el recusado y supone que por ésto le guarda rencor, olvidando que eso de declarar no es una cuestión potestativa de los ciudadanos, sino que toda persona está obligada a rendir declaración cuando se le pida en el proceso penal, con excepción de los casos determinados en la ley, so pena de incurrir en multas convertibles en arresto; que en segundo lugar, la recusación está desprovista de pruebas y con simples afirmaciones sin respaldo, no se pueden reconocer los hechos que aquél pretende. Trascribe también varias jurisprudencias de la Corte, sobre lo que es la enemistad como causal de impedimento o recusación y concluye, declarando infundada la pretensión del citado Víctor R. Quesada M., para que el Magistrado Perea Aluma se abstenga de conocer del proceso en mención.

Se considera:

Lo primero que se observa en el presente caso, es que el recusante propuso por escrito la recusación, pero no presentó la prueba en que ella se funda, debiendo hacerlo conforme lo prescribe el inciso segundo del artículo 76 del C. de Procedimiento Penal. Se limita a expresar sus temores de que por el hecho de haber rendido algunas declaraciones en contra del Magistrado doctor Perea Aluma en la acusación y sumario que se le sigue por denuncia del señor Edgardo Santacoloma Villa, aquél le profese enemistad.

Acerca del hecho enunciado por el señor Quesada, no existe en los autos prueba alguna de que a consecuencia de él, el doctor Perea Aluma se hubiera expresado en forma descomedida en contra de tal declarante o hubiera hecho algo de lo cual pueda deducirse siquiera que alimente sentimientos de simple desagrado contra dicho señor. Lo único que aparece son las manifestaciones que hace al contestar la recusación y de éstas, aparece que trata de excusar la conducta de Quesada y es explícito en la manifestación de que éste no le causó daño ni le profesa enemistad de ninguna especie.

De otro lado, la enemistad para que pueda ser fundamento del cambio de Juez del proceso que se busca con la recusación, está subordinada en su existencia, a varias condiciones: que sea grave, es decir, que el origen o causa de ella sea de tal naturaleza, que tenga capacidad para crear, por su intensidad extraordinaria los sentimientos que la constituyen, como son la aversión y el odio, expresados en forma de venganza, en amenazas de daño o en hechos indicativos de esos sentimientos; y que sea mutua, o sea, que vincule con igual fuerza a recusante y recusado o bien, que en el caso de que no sea mutua, provenga del juzgador y sea de tal índole, que funde la presunción de que pueda inducirlo a la violación de los preceptos que tutelan los derechos del procesado.

Es por ésto, por lo que una situación como la enemistad grave de que habla la ley procesal, no se acredita con acusaciones interesadas de parte ni tampoco con denuncias criminales de recusantes contra recusados, o al contrario, cuando las causas que produjeron estos incidentes carecen de aptitud para producir ese estado de espíritu en el Juzgador.

Y en el caso presente, la simple circunstancia de que el recusante señor Quesada, hubiera tenido que dar una declaración sobre un hecho afirmado por una tercera persona en relación con el Magistrado Perea Aluma, que pudiera perjudicar a éste a juicio de la Sala carece de capacidad, para producir enemistad grave entre el Magistrado

en mención y el recusante. Tampoco puede sostenerse que dicha circunstancia tenga virtualidad para engendrar odio o animadversión de parte del Magistrado recusado hacia el declarante Quesada, porque él necesariamente tenía que darse cuenta, que éste no había hecho cosa distinta que cumplir con un deber de ciudadano presentándose a rendir declaración al ser solicitado por la autoridad.

De otro lado, la enemistad que hubiera podido surgir por causa de la declaración rendida por el señor Quesada, no sería de aquellas que comprenden al recusante y al recusado, sino únicamente a éste, pero como ya se ha dicho, no existen pruebas de ninguna especie que funden la presunción de que el doctor Perea Aluma por el motivo anotado abrigue sentimientos de odio o animadversión hacia el recusante, que puedan llevarlo a parcializar su criterio con violación de los derechos de este último, al resolver sobre la situación jurídica que contempla el proceso.

En consecuencia, no está probada la causal de recusación propuesta por el sindicado Víctor R. Quesada M. en contra del Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó, doctor Aureliano Perea Aluma, para intervenir en este proceso y así debe declararse.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de ley, declara no probada la causal de recusación propuesta en este negocio contra el Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó, doctor Aureliano Perea Aluma y en consecuencia no es el caso, de separarlo del conocimiento del mismo negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO PENAL

El cambio de radicación de un proceso penal, implica la necesidad de que la prueba que se acompañe a la solicitud contenga elementos que permitan a la Corte, para conceptuar favorablemente, formarse una noción completa sobre la conveniencia del mismo, que es precisamente la razón de aquella modificación al régimen legal que gobierna la competencia en el conocimiento de determinado proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia —Departamento Jurídico— con oficio Nº 5014 del 2 de octubre en curso, remite a la Corte para el concepto de que trata el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, la documentación presentada por ***Marco Tulio Noguera***, agente de la policía nacional, por medio de la cual solicita cambio de radicación del proceso que se le adelanta en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Popayán, por el delito de homicidio.

Manifiesta el interesado Noguera en el memorial enviado a dicho Ministerio, que mientras prestaba servicio como agente de la policía nacional, División del Cauca, en la población de Suárez de ese Departamento, ocurrió la muerte de Joaquín Monsalve, de la que se le sindica, y ha tenido que ser acuartelado en las dependencias de la Policía Departamental de Nariño, no por el simple querer de sus superiores, sino porque a la muerte de Monsalve se le dió carácter político, se torció en ese sentido el criterio del pueblo presdisponiéndolo en su contra, llegando a graves extremos la inseguridad de su persona y para evitar su muerte fué necesario sustraerlo a la maledicencia y odio creados en torno suyo, pero que el simple traslado de su persona a la ciudad de Pasto no acaba con la inseguridad de sus derechos, por lo cual solicita se le juzgue en otro lugar distinto de Popayán, "puesto que de celebrarse la audiencia pública en la capital del Cauca, me vería irremediablemente condenado por quienes ya se han formado un torcido concepto de la situación jurídica en que me encuentro....".

"Por lo demás —agrega— ...hasta la ausencia de mi persona en el acto público de la audiencia contribuiría a que los Jueces de conciencia, sobre quienes pesará la coacción moral que desde un principio se ejerció en contra de mí, me **condenen** sin el menor reparo, porque la presencia del procesado contribuye en tales actos para que los Jueces, si no más justos, sean por lo menos más humanos".

Acompaña los siguientes documentos:

a) Un certificado del Juez Segundo Superior de Popayán, en el cual se hace constar que el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial confirmó el auto de proceder proferido por ese Juzgado, en el proceso que allí se adelanta a Marco Tulio Noguera, por el delito de homicidio en la persona de Joaquín Monsalve, hecho ocurrido el domingo 11 de junio de 1950, en la población de Suárez, Distrito Municipal de Buenosaires (Cauca), cuando el procesado desempeñaba el cargo de agente de la policía nacional, División del Cauca, y que actualmente el juicio se encuentra en turno para la audiencia pública "debiéndose anotar que el enjuiciado Noguera está acuartelado en las dependencias de la policía departamental —División Nariño—, según resolución Nº 318 del 25 de junio de 1952, emanada de la Gobernación de ese Departamento".

b) Declaraciones de los señores Vicente Vela y Julio Riascos, recibidas en el Juzgado Segundo Permanente de la Policía Nacional de Pasto, el primero de los cuales hace constar que tanto la prensa como las directivas políticas a que pertenecía Joaquín Monsalve, en Suárez, lugar en que

éste perdió la vida han atacado en forma violenta a Marco Tulio Noguera, sindicado de aquel hecho, con exigencias de que se le condenara sin miramientos de ninguna clase. Que así, varios periódicos de Popayán trataban de obligar a las autoridades a que condenaran a Noguera, predisponiéndolas en su contra.

El segundo declarante hace referencia al hecho del ambiente adverso que existía en la población de Suárez, en contra del procesado Noguera, y que en Popayán circulaba el rumor de que la muerte de Monsalve era cuestión política, a tiempo que se decía que al responsable se le debía condenar. "Es verdad, concluye, que por todo lo que sucedió y se oyó en esa época el rumor era de que se obligara a las autoridades a castigar al agente y ejercer coacción sobre las autoridades para predisponerlas en contra del agente Marco Noguera".

Considera la Corte:

El cambio de radicación de un proceso penal implica la necesidad de que la prueba que se acompañe a la solicitud contenga elementos que permitan a la Corte, para conceptuar favorablemente, formarse una noción completa sobre la conveniencia del mismo, que es precisamente la razón de aquella modificación al régimen legal que gobierna la competencia en el conocimiento de determinado proceso.

Pueden presentarse situaciones que hagan necesario radicar un negocio penal en un Distrito Judicial distinto de aquel en que territorialmente le corresponde, pero es indudable que es preciso que aquello sea demostrado, pues no basta alegar la conveniencia, sin que se ofrezcan las pruebas que en realidad hacen fundada tan importante medida para la buena administración de la justicia.

En este orden de ideas, los elementos probatorios acompañados a la solicitud del procesado Noguera no permiten establecer los motivos evidentes que hagan conveniente y necesario el cambio de radicación del proceso que se le sigue por homicidio.

Los testimonios aducidos, cuyo extracto se ha hecho, fueron recibidos por el Juez segundo permanente de la Policía Nacional con residencia en Pasto y dados por agentes en servicio de la misma Policía, circunstancias éstas que quitan a sus aseveraciones la imparcialidad necesaria e impiden darles amplia credibilidad a sus dichos, desde luego que la identidad de oficio con el peticionario predispone muy humanamente a aquéllos, a hacer afirmaciones que respondan exactamente al deseo de quien los interroga. Comparando no más el interrogatorio formulado y sus respuestas se cae de inmediato en la cuenta de que no hacen sino reproducir la misma pregunta, sin agregar razón alguna que indique la verdad o realidad de lo que exponen, procedimiento éste que rechaza en forma absoluta el artículo 239 del Código de Procedimiento Penal.

Habría sido de gran utilidad conocer la causa o motivo por el cual fué conducido Noguera a la División de la Policía Nacional de Nariño, donde se encuentra detenido. Evidentemente, si el motivo fué el que expone el peticionario, tal vez se encontraría alguna razón para atender su solicitud. Pero falta demostrarlo, trayendo al efecto los documentos o pruebas que establezcan ese hecho que podría producir una modificación en la decisión que ahora toma la Corte por la carencia de elementos que le permitan llegar a la conclusión de que es conveniente el cambio de radicación que se impetra.

En estos casos no basta la escueta afirmación de que existe un ambiente hostil contra el procesado en el lugar donde ha de juzgársele. Es menester que ello se compruebe y demuestre, pues con simples sospechas no se puede arrebatar un proceso a sus jueces naturales, agraviándolos con la presunción de que no serán ecuánimes en el desempeño de sus funciones o con la posibilidad de que dejen extraviar su criterio con motivos distintos de los que impone una recta administración de justicia.

Por estas razones la Corte —Sala de Casación Penal— emite, por ahora, concepto desfavorable sobre el cambio de radicación solicitado por el agente de la Policía Nacional Marco Tulio Noguera.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—

Luis Gutiérrez Jiménez — Angel Martín Vásquez—

Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION DE UN PROCESO

La Corte siempre ha considerado que 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 y política de consideración, 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 ecuánime administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Para dar cumplimiento al artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, debe la Corte emitir el correspondiente concepto, para lo cual han sido remitidas estas diligencias por el Ministerio de Justicia.

El doctor Ernesto Vela Angulo pide al Gobierno Nacional el cambio de radicación del proceso contra Jorge Samuel Riascos, por homicidio en la persona del señor Jorge Garzón Thomas, cuyo proceso se encuentra radicado en el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Como razones esenciales para sustentar su petición aduce las siguientes:

Que el homicidio cometido en la persona del señor Jorge Garzón Thomas fué cometido en la población de Guaitarilla durante "una manifestación política"; que la ciudadanía de dicho Municipio se ha caracterizado por la "agudeza y fuerza de los odios políticos", perteneciendo a distintos partidos; que trasladado el asunto a la ciudad de Pasto, ha sido considerado como un proceso político y que durante las audiencias públicas —anuladas posteriormente— hubo una marcada división en la ciudadanía; que el Juez de la causa tuvo que tomar medidas especiales para proteger la vida del procesado que se hallaba amenazada; que sería imposible practicar nuevas audiencias públicas por la parcialidad política y por el preconcepto ya formado, "preconcepto enaltecido y enfurecido por las manifestaciones de los radio-periódicos y por los periódicos escritos"; que de acuerdo con el ambiente que hoy existe, sería imposible conseguir jueces de conciencia que obraran "libremente" al emitir su veredicto.

"Se ha formado en Pasto —dice— una tremenda división entre todos los ciudadanos, división política ya existente que arreció en este proceso, los unos piden la condena de manera terca y contumaz. La mayoría pide la absolución. En esta situación ningún juez de conciencia podría obrar, ni menos lo podría hacer la defensa... Por todo ésto, la continuación del expediente en Pasto, atenta contra la recta administración de justicia, pues se corre el riesgo de que ésta cojee al hacerse nueva audiencia en Pasto".

Para comprobar sus afirmaciones, el peticionario presenta los siguientes documentos:

a) Certificación jurada del señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Pasto, en la cual consta que en este despacho cursa el proceso contra el señor Jorge Samuel Riascos, por el delito de homicidio en la persona de Jorge Garzón Thomas. Que en el concepto del Fiscal el proceso en referencia ha tomado un acentuado carácter político.

"Es cierto —dice— que a la audiencia pública varios miembros de la familia del occiso señor Jorge Garzón Thomas, concurrieron, y es cierto también que a una de las sesiones concurrió el doctor Jorge Rosero Pastrana, miembro activo del partido conservador del Departamento de Nariño, tomando asiento junto al lugar que ocupaba el señor Buenaventura Garzón Thomas, jefe de la oficina de seguridad y extranjería de ésta ciudad; así mismo ví, que concurrió a la audiencia pública el doctor Gerardo Zarama R., juez de policía nacional, quien estaba en el escaño ocupado por el señor Garzón Thomas, advirtiendo que como miembro del jurado de conciencia actuaba el señor Julio César Zarama R., hermano del juez de policía; también advertí la presencia de varios individuos de la secreta, dependientes inmediatos del señor

Garzón Thomas, como don Edgar Villota S., Gabriel Burbano y otros.

"En mi sentir, razonablemente, supongo que en el caso de repetirse, la vista pública, sería muy difícil conseguir la independencia, rectitud e imparcialidad en jueces de conciencia, toda vez que hay una especie de prejuzgamiento político, si se tiene en cuenta un editorial del número 5517 de 21 de mayo último, del periódico "El derecho", donde se reconoce al señor Jorge Garzón Thomas, como "gran capitán del conservatismo de Túquerres", y al final se lee: "El sindicado volverá a recibir el veredicto condenatorio, porque el pueblo representado en los jurados de conciencia ni se equivoca, ni perdona ni olvida". Además, radio-periódicos de filiación distinta de la de Riascos, propiciaron una ambiente partidista, para el procesado".

b) Certificación jurada del señor Juez Segundo Superior del Distrito Judicial de Pasto, en donde dice:

"Es verdad que al celebrarse las audiencias públicas en el juicio seguido contra el señor Jorge S. Riascos, por Homicidio, el Juez que presidió las sesiones públicas, que lo fué el suscrito, se vió en la obligación ineludible de procurar amparar al procesado, en forma especial, para evitar cualquier acto que pudiera atentar contra su seguridad personal, en atención al ambiente popular que se formó entre los asistentes a esos actos procesales, entre los cuales se notaba alguna animadversión hacia el procesado. Dado, pues, ese clima peligroso que se formó entre el bajo fondo social, la Presidencia optó por acompañar al señor Riascos en sus entradas y salidas al salón de audiencias para proteger su persona en todo conato que pudiera dar margen a mayores consecuencias lamentables".

c) Las declaraciones de los señores Julio César Puertas Eudoro Benavides Rivera, Elberto Ricaurte, Bolívar Delgado N. y Luis Córdoba, rendidas ante el señor Juez Segundo Municipal de Pasto, en donde afirman que la prensa de la ciudad de Pasto ha dado al proceso contra Jorge Samuel Riascos por el homicidio en la persona del señor Jorge Garzón Thomas, un cariz político por pertenecer los protagonistas a diferentes partidos.

d) La edición número 5517 del periódico "El Derecho" que se publica en la ciudad de Pasto, en donde aparece un escrito sobre la nulidad decretada en el proceso de que se ha venido hablando, sobre la "responsabilidad de la muerte de ese gran capitán del conservatismo de Túquerres señor Jorge Garzón Thomas".

Se considera:

De los documentos traídos a la solicitud que se estudia, se desprende que dada la posición social y política de la víctima, el ambiente social de Pasto, no presta la serenidad suficiente y el ánimo desprevenido que se requieren para el imparcial juzgamiento del procesado Jorge Samuel Riascos. Esta Sala siempre ha considerado que 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 y política de consideración, 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 interesalo, en desacuerdo con la ecuánime administración de justicia.

Es evidente que los documentos allegados indican que en el distrito judicial donde el proceso se encuentra, los jueces populares, en virtud de la posición política de la víctima y de las circunstancias en que el delito se cometió —durante una manifestación política—, 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 del sindicado, no podría garantizar la estricta aplicación de la justicia. En tales condiciones es conveniente abundar en garantías y sustraer su juzgamiento del distrito judicial en donde ocurrieron los hechos, lo que fortalece la confianza que todos los ciudadanos deben tener en la rectitud e imparcialidad de las decisiones de la justicia.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— emite CONCEPTO FAVORABLE al cambio de radicación del proceso en contra de Jorge Samuel Riascos por el delito de homicidio en Jorge Garzón Thomas.

Cópiese y devuélvanse las diligencias al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—

Luis Gutiérrez Jiménez — Angel Martín Vásquez—

Julio E. Argüello R., Secretario.

RESTITUCION DE TERMINOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El doctor Alfredo Moreno Ballén, apoderado de José Oliverio Arias para sostener el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, presentó la demanda de casación el día ocho de septiembre último, pasados tres días del término que tenía para presentarla, pues, dicho término vencía el cinco del mes citado.

Manifiesta el señor apoderado que por haber estado gravemente enfermo "del primero al seis del presente mes de septiembre", no le fué posible presentar la demanda dentro del término legal; cuestión que lo obliga a solicitar restitución del término del traslado dentro del cual debía formular la correspondiente demanda, con fundamento en fuerza mayor (enfermedad grave) que le impidió cumplir oportunamente con tal deber.

Presentó el doctor Moreno Ballén, como prueba el certificado del facultativo doctor Diógenes Arrieta Gómez, que dice:

"Certifico:

"Que el señor doctor Alfredo Moreno Ballén, estuvo enfermo de cuidado durante los días comprendidos del 1º al seis del presente mes de septiembre del corriente año".

Sometida la solicitud al procedimiento de los artículos 372 y 495 del Código de Procedimiento Civil, el señor Procurador Delegado consideró que "para esclarecer debidamente las causas que determinaron la presentación extemporánea del libelo", se hacía necesario que el doctor Arrieta Gómez declarara bajo juramento, sobre la autenticidad del certificado médico que se transcribió anteriormente, y expresara, además, "si la enfermedad que padeció el doctor Alfredo Moreno Ballén durante los días 1º al seis de los corrientes (septiembre del año en curso), lo imposibilitó para atender a trabajos mentales que requerían especial cuidado y consagración".

"Si la respueta fuere afirmativa —dice el colaborador—, es el caso de acceder a la restitución del término pedido por el doctor Moreno Ballén".

Durante el término probatorio del incidente, se le recibió declaración, bajo juramento, al doctor Diógenes Arrieta Gómez, quien manifestó que la enfermedad sufrida por el doctor Alfredo Moreno Ballén, en los días a que se refiere el certificado, lo imposibilitaba para trabajos mentales que requerían especial cuidado y consagración; y además, "lo exponía a grave enfermedad pulmonar en caso de no cuidarse".

También se le recibió declaración al señor Francisco González, quien expuso: "Conozco al doctor Moreno Ballén desde hace varios años, por haber estado en su casa y visitarlo me consta que entre el 1º y el seis de septiembre del presente año se encontró gravemente enfermo e impedido para trabajar, y en una de las veces que lo ví en su casa encontré visitándolo el médico que lo recetaba".

Las anteriores pruebas demuestran a la Sala que el doctor Alfredo Moreno Ballén se encontraba sufriendo de enfermedad grave durante los días comprendidos del primero al seis de septiembre del año en curso, enfermedad que lo imposibilitaba para trabajos mentales que requerían especial cuidado y consagración.

Como de acuerdo con el artículo 370 (3º) del Código de Procedimiento Civil "los términos no corren en un determinado negocio por enfermedad calificada grave de alguno de los litigantes o de su apoderado", forma ésta que, además, otorga al Juez la facultad de hacer "cesar la suspensión, conciliando la prudencia con intereses de la otra parte" (aquí el Ministerio Público), el término restituído debe ser de quince días que señala la ley.

En tal virtud, 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 y por autoridad de la ley, CONCEDE LA RESTITUCION del término solicitado por el señor apoderado de José Oliverio Arias, y ordena darle el correspondiente traslado por el término de quince días para que dentro de ellos presente la demanda de casación.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez — Angel Martín Vasquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL ERROR EN LA INTERPRETACION DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, EXCLUYE EL PREVARICATO

Aunque la conducta del Juez acusado no se ciñe estrictamente a las normas positivas del derecho colombiano, y sus actuaciones tienen una apariencia delictuosa, por el aspecto externo; sin embargo, la acción subjetiva no aparece informada en un propósito dañado de perjudicar a una de las partes en el cuestionado litigio. Todo indica que el funcionario procedió con error, y éste es inconciliable con el dolo que requieren el prevaricato y el abuso de autoridad previsto por el artículo 171 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, consulta su auto de fecha dos de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, por el cual sobresee definitivamente a favor del doctor Julio César Martínez, ex-Juez del Circuito de Urrao, por los cargos que se le hacen en este proceso.

Habiendo emitido concepto el señor Procurador Delegado en lo penal, se procede a resolver sobre la legalidad de la providencia que es objeto de consulta.

Hechos y actuación procesal

De autos aparece que con fecha trece de julio de mil novecientos cuarenta y seis, el señor Carlos Arcila en escrito dirigido al Juez del Circuito de Urrao, doctor Julio César Martínez, solicitó el embargo y secuestro preventivos del establecimiento denominado "El Otro Café", de propiedad del señor José Castaño. Como fundamento de su petición presentó una letra de cambio por valor de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) moneda corriente, afirmando que este crédito era exigible, porque los deudores o aceptantes se habían ausentado del municipio o estaban en mala situación de negocios y habían abandonado sus bienes sin dejar representante, por lo cual tenía el temor fundado de que éstos pudieran desaparecer o aquéllos evadirse del pago del crédito.

El Juzgado del Circuito en auto de fecha trece del indicado mes de julio, negó las pretensiones del actor, afirmando que la letra presentada como fundamento de dicha solicitud no era exigible, porque carecía de los requisitos exigidos por los artículos 274 y 982 del Código Judicial. El apoderado de la parte demandante interpuso el recurso de reposición contra esa negativa, sosteniendo que sí podía exigirse el valor del crédito, pues el demandado se encontraba en quiebra o en notoria insolvencia, es decir, en el caso contemplado por el artículo 1553 del Código Civil y en comprobación del motivo alegado, adujo los testimonios de Joaquín Montoya y Rodrigo Arroyave, quienes afirmaban que el deudor y su cónyuge, se hallaban en "notoria insolvencia". En vista de estas argumentaciones, el Juzgado de Circuito decretó el embargo y secuestro de los bienes del demandado, por auto de fecha diez y nueve de julio del mismo año de mil novecientos cuarenta y seis, exigiendo caución prendaria de cien pesos ($ 100.00) para garantía de los perjuicios que pudieran causarse y además, en consideración a que se trataba de medidas preventivas que perjudicaban al aceptante de la letra y demandado señor José Castaño. La diligencia de secuestro y embargo se llevó a cabo el mismo día diez y nueve de julio, por medio de comisionado que lo fué el Juez Municipal de Urrao, señor Rafael Miceno, quien designó como depositario al señor Miguel Durán. Posteriormente el ejecutante presentó la demanda consecutiva a la acción preventiva de embargo y secuestro, pero el Juzgado de Circuito, en providencia fechada el treinta de julio, la rechazó con los siguientes fundamentos:

"La letra comercial que figura en las diligencias preventivas tiene un plazo de trescientos sesenta días el cual sólo se vence en mayo de 1947. De consiguiente la obligación no es exigible actualmente, ni las declaraciones de los testigos prenombrados

autorizan pago inmediato de la deuda. La demanda que debió presentar Acosta es otra muy distinta de la que en fecha 26 de julio de este año presentó el citado Acosta. Lo que debió exigir es la extinción de plazo para el pago del crédito; obtenida esa extinción era oportuna la demanda ejecutiva. Sobre el particular existe disposición expresa, la que el apoderado pasó por alto con notorio perjuicio para los intereses de su representado".

El ejecutante insistió en sus peticiones, pero el Juzgado del Circuito nuevamente consideró improcedente su acción por medio de auto de cinco de agosto y decretó el levantamiento del secuestro y la entrega de los bienes del ejecutado, auto que fué confirmado por el Tribunal el diez y seis de octubre del mencionado año de mil novecientos cuarenta y seis.

Enterado el señor José Castaño de que el depositario de los bienes secuestrados, señor Miguel Durán, los había vendido o rechazaba su entrega, formuló denuncio criminal contra el Juez del Circuito de Urrao, doctor Julio César Martínez y contra Carlos Arcila, por delito contra la propiedad. Con base en esta denuncia, se adelantó la investigación correspondiente en la Alcaldía del municipio de Urrao.

Luego el denunciante señor Castaño, dió una nueva denuncia por medio de queja dirigida al Tribunal Superior de Medellín y al Ministerio de Justicia y entonces, se ordenó otra investigación que fué encomendada al señor Juez 56 de Instrucción Criminal, en la cual resultó comprometido el Juez Municipal de Urrao, señor Rafaél Miceno, a quien se había nombrado Juez ad-hoc para conocer de dicho juicio ejecutivo.

Las dos investigaciones, se repartieron en el Tribunal Superior de Medellín a dos Magistrados distintos, quienes sin advertir que se trataba de unos mismos hechos, los calificaron separadamente. En el primero de tales expedientes, se dió aplicación al artículo 153 del C. de Procedimiento Penal, pero esta providencia fué revocada por la Corte, al subir en consulta, y en su lugar, ordenó que continuara la investigación; posteriormente, el Tribunal dictó auto de sobreseimiento definitivo.

El otro negocio, también fué resuelto con aplicación del artículo 153 del C. de Procedimiento Penal, sosteniendo que no se podía proseguir la acción, porque otra Sala estaba conociendo del mismo negocio.

Remitidos a la Corte los dos expedientes, esta entidad, después de establecer que en ambos se habían investigado los mismos hechos, ordenó devolverlos al Tribunal de origen, para que se reunieran en uno solo y se calificara en el fondo, haciendo la advertencia, de que los cargos contra el Juez ad-hoc, señor Miceno, no tenían conexidad con los imputados al Juez del Circuito doctor Martínez y debía sacarse copia de lo conducente, para investigar y fallar por separado lo concerniente a aquél.

Hecha la anterior relación de los hechos y de la actuación procesal que ha tenido este expediente, se procede a examinar la situación del procesado doctor Martínez, ante los cargos que le aparecen.

La calidad oficial del procesado como Juez de Circuito de Urrao, se halla acreditada con las copias del acuerdo de nombramiento y de la diligencia de posesión respectivas (Flios. 11 y 12, Cuad. 2º) y con las constancias que obran en los autos, de que en la fecha en que los hechos tuvieron realización se encontraba en ejercicio de las funciones de aquel cargo.

En lo que dice relación a los hechos que se cargan a la cuenta del nombrado doctor Martínez, ellos pueden concretarse así:

Que en su carácter de Juez de Circuito de Urrao, decretó el embargo y secuestro preventivos de bienes de propiedad del señor José Castaño, a solicitud de Carlos Arcila, sin que el crédito que sirvió de base a tal petición fuera de plazo vencido, aceptando la concurrencia de este último requisito, con base en unas declaraciones presentadas por el actor, en las que se afirmaba que Castaño se hallaba insolvente, sin que previamente se hubiera declarado la extinción del plazo para el pago inmediato del crédito.

El hecho antes relacionado es imputable al sindicado doctor Julio César Martínez, porque fué él quien como Juez del Circuito de Urrao, decretó el embargo y secuestro preventivos de los bienes de propiedad del demandado Castaño, en las circunstancias ya indicadas.

Interrogado el doctor Martínez sobre el cargo antes indicado, manifiesta que si procedió así, fué porque creía y cree que jurídicamente ese era el procedimiento, dando aplicación al artículo 1553 del Código Civil que dice: "Que el pago de una obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es, primero el deudor constituído en quiebra o que se halle en notoria insolvencia". Y recuerda que Castaño, contrajo numerosas obligaciones y le tocó presenciar que frecuentemente era demandado verbalmente y por escrito y a ninguno de los deudores tenía con qué pagarle; que se limitó a interpretar la ley en un problema de puro derecho "porque estimó que éste no es estático, sino de

acuerdo con las circunstancias de acreedor y deudor, cuando se trata de prestaciones de orden civil y está de presente el abuso del derecho, el Juez no debe únicamente ceñirse a las probanzas, sino también a su propio conocimiento, al ambiente social de este o aquel lugar etc.".

Se considera:

La Corte es Juez competente para conocer en segunda instancia de este proceso, porque según se dijo en otra parte de esta providencia, está acreditada la calidad oficial del sindicado, como Juez del Circuito de Urrao.

El hecho que se imputa al doctor Julio César Martínez, de haber dictado una providencia en forma contraria a la ley y manifiestamente injusta, también se deduce de las constancias procesales, porque el embargo y secuestro preventivos de los bienes de propiedad de José Castaño, se decretó sin que el crédito que servía de base a esa solicitud, fuera de plazo vencido.

Sin embargo, el procesado ha dicho, —y no hay prueba en contrario— que no hizo otra cosa que interpretar las normas del Código Civil, que según su leal saber y entender, daban fundamento para tener al dueño de los bienes perseguidos como insolvente, caso en el cual había que considerar la obligación como de plazo vencido. Y que esa situación no solamente se demostró, sino que a él le constaba personalmente, pues Castaño era demandado frecuentemente y no tenía con qué pagar a sus acreedores.

La situación del procesado ante el cargo que le aparece de la sumaria, la explica acertadamente el Tribunal de Medellín, en estos términos:

"Es cierto que el doctor Martínez no se ciñó estrictamente a las disposiciones legales que reglamentaban la materia relacionada con la extinción del plazo para hacer exigible antes de tiempo una obligación, pero ello en manera alguna se debió a que tuviese intención de perjudicar a tercera persona, o a simple capricho de su parte. No, todo aconteció porque incurrió en lamentable error sobre la interpretación de algunas normas de derecho positivo.

"Ese error del funcionario puede colegirse de lo siguiente: cuando el Juzgado repuso el auto en que había negado el secuestro y el embargo de los bienes de Castaño porque el documento presentado no demostraba la existencia de una obligación actualmente exigible, lo hizo en atención a lo establecido por el artículo 1553 del Código Civil que había sido invocado por el apoderado de Arcila, y con fundamento en las declaraciones que se acompañaron para demostrar la insolvencia notoria del deudor. Consideró así el señor Juez que con esa prueba se estaba en presencia de la situación jurídica contemplada en el artículo aludido que dice: "El pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo, si no es: 1º—Al deudor constituído en quiebra o que se halle en notoria insolvencia...". Y tan claro se observa el error de estimar con ésto que ya existía la prueba sobre la exigibilidad de la obligación, que el funcionario aludido razona de esta manera tan totalmente equivocada que demuestra la confusión de su inteligencia para hacer una aplicación acertada del derecho....".

El aparte trascrito, refleja en forma acertada la situación del sindicado en lo tocante al elemento subjetivo del delito de prevaricato que se le imputa y permite afirmar, que si bien interpretó erradamente la ley, no lo hizo dolosamente, con conocimiento de que obraba en contra de ésta y con injusticia manifiesta, es decir, que al hecho no concurrió el dolo específico propio del prevaricato, sin el cual esta infracción no tiene existencia legal ni jurídica.

La anterior conclusión, está respaldada ampliamente por la conducta que el funcionario sindicado observó al decretar el embargo y secuestro de bienes, pues exigió al demandante fianza para garantizar los perjuicios que pudieran causarse al demandado; reconoció después que había incurrido en un error, porque rechazó la demanda ejecutiva, y finalmente levantó el embargo y secuestro de tales bienes.

Esto mismo es lo que sostiene el Procurador Delegado en lo Penal, al decir:

"Aunque la conducta del Juez acusado no se ciñe estrictamente a las normas positivas del derecho colombiano y sus actuaciones tienen una apariencia delictuosa, por el aspecto externo, sin embargo la acción subjetiva no aparece informada en un propósito dañado de perjudicar a una de las partes en el cuestionado litigio. Todo indica que el funcionario procedió con error, y éste es inconciliable con el dolo que requieren, el prevaricato y el abuso de autoridad previsto por el artículo 171 del Código Penal".

Con base en las anteriores consideraciones, hay que concluír que no estando acreditados en sus elementos integrales los delitos investigados en este negocio, corresponde la confirmación del auto materia de la consulta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE ROBO — LA CUANTIA DE LO SUSTRAIDO NO FORMA PARTE DEL CUERPO DEL DELITO EN EL HURTO Y EL ROBO — PRUEBA DE LA PROPIEDAD Y PREEXISTENCIA DE LOS OBJETOS SUSTRAIDOS — TRATANDOSE DEL SUMARIO, NO ES TAN ESTRICTA LA OBLIGACION DE NOTIFICAR PREVIAMENTE A LOS INTERESADOS LAS PROVIDENCIAS QUE ORDENEN LA PRACTICA DE PRUEBAS

1.—Solamente cuando del hecho mismo realizado no surge la demostración de la existencia del robo o hurto, es cuando puede decirse que excepcionalmente la ley permite recurrir a otros medios probatorios, admitiendo testimonios de personas que en otras circunstancias estarían impedidas para declarar, en consideración a su presunta parcialidad, por el interés que tienen en el juicio, lo que puede ser motivo de que la verdad resulte deformada con sus dichos.

Por éso, consignado el principio general que gobierna la materia, según el cual no es preciso la demostración de ciertas circunstancias en el robo y el hurto, porque estos delitos aparecen cometidos y de otros hechos así se deduce, consecuente la ley en no crear obstáculos a la investigación y al descubrimiento de los responsables, autoriza recibir declaración a quien por su conocimiento de la preexistencia y consiguiente falta de las cosas objeto de aquellas infracciones, están en condiciones de señalarlas a la justicia.

Cuando contra estos testimonios no se aduce una demostración de que no merecen credibilidad, por cuestiones de fondo que digan relación a una falta de verdad en lo que deponen, sus afirmaciones deben ser creídas. No puede admitirse la afirmación de que sus discrepancias los hagan dignos de rechazo como fuente de verdad. Si ésto fuera así, lógicamente se lograría hacer nugatoria esa prueba, porque por ejemplo la descripción de un determinado objeto podría dar ocasión a discrepancias entre los mismos que lo han tenitenido en su poder, de manera que sólo la persona en cuyo contacto se hubiera mantenido por mayor tiempo dicho objeto, podría señalar todas y cada una de sus características, lo que no sucedería con otras personas que conocieron el mismo objeto, con ese conocimiento superficial que les permite reconocerlo y señalar a su propietario, pero no describirlo con exactitud rigurosa, lo que quizás sólo pueda hacer aquel que lo conozca íntimamente.

2.—La cuantía de que se apodere el agente en los delitos de hurto y robo, sólo sirve para señalar la competencia del Juez del conocimiento y para atenuar o agravar la sanción, como lo preven los artículos 398, numeral 2º, y 399 a 401 del Código Penal. Esa cuantía no forma parte del cuerpo del delito.

3.—Como lo dijo la Corte: "Es verdad que el Código de Procedimiento Penal ordena que todo auto o sentencia se notifique, ya personalmente, ya por estado o por edicto, según el caso (art. 168), lo mismo que a su apoderado o defensor (art. 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.

"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 tratándose del sumario, dada su naturaleza dinámica y permanente. Por éso, 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' (art. 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" (G. J., Tomo 64, pág. 537).

4.—Para establecer un delito de robo, en el que la violencia dá tal carácter al hecho, no es indispensable que se estabezca con qué instrumentos o medios se detentó la propiedad ajena consumado aquel delito. Ello implicaría que de no descubrirse el objeto emplea-

do para violentar las cosas sobre las que se empleó la fuerza, dicha circunstancia quedaría sin demostración, lo que es inaceptable.

5.—No es lícito buscar normas del procedimiento civil para complementar los principios que informan la prueba en materia penal, que fué totalmente reglamentada en el código respectivo, o sea la Ley 94 de 1938.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre veintiuno de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, que impuso a Carlos Enrique Tapias Carrillo y José Pardo o José Hoyos la pena principal de veintidos meses de prisión a cada uno por el delito de robo en bienes de Benjamín Castellanos, cometido el diez y siete de septiembre de mil novecientos cincuenta en esta ciudad, el defensor de Tapias Carrillo interpuso el recurso de casación que ante la Corte ha sustentado invocando la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

Aparece de autos que en las primeras horas de la tarde del 17 de septiembre de 1950, Benjamín Castellanos se trasladó con toda su familia, de su casa de habitación situada en la carrera 11 Nº 66-55 de esta ciudad, a la de Juan de Dios Flórez su cuñado, y estando allí varias personas le dieron noticia de que el portón de su casa se encontraba abierto, por lo cual regresó y halló que tanto las puertas de entrada a su domicilio, así como otras interiores y un armario donde guardaba una considerable suma de dinero, varios cheques y un revólver, habían sido forzados apoderándose el autor o autores del hecho de la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00).

Actuación procesal

El Juzgado Tercero Superior de Bogotá, que conoció del negocio, por haberse cometido el hecho en la vigencia del Decreto Nº 4137 de 1948, dió al proceso la tramitación de que trata la ley 48 de 1936 y con fecha 3 de octubre de 1951 dictó sentencia por medio de la cual impuso a Tapias Carrillo y a José Pardo o José Hoyos, cuatro y tres años de presidio, respectivamente. El Tribunal que por apelación y consulta conoció de la sentencia, la reformó en el sentido de imponer a los procesados veintidos meses de prisión, en lugar de la fijada por el Juzgado.

Se encamina la demanda a objetar la sentencia del Tribunal por errada apreciación y errónea interpretación de la prueba relacionada con el cuerpo del delito, ya que a los testimonios sobre el particular se les atribuyó, un valor probatorio que no tienen, pues el denunciante señaló una cuantía, su esposa otra, éstas no guardan relación con el precio en que dicen José María Camargo y José Antonio Leyva Montaña, comisionista y comprador, respectivamenfe, fué negociado un bus entre este último y el denunciante, quien de otro lado en ampliación del denuncio afirmó cosa diversa a lo dicho al principio, todo lo cual indica discrepancia en las afirmaciones de los testigos y lo dicho por Castellanos y su esposa, no está probada la propiedad y preexistencia de lo sustraído y tampoco se encuentra establecido el cuerpo del delito de robo, toda vez que el elemento violencia propio del delito no resulta de la diligencia de inspección ocular practicada en la casa donde se perpetró el hecho.

En uno de sus apartes la demanda dice:

"No existe pues probado en forma alguna el cuerpo del delito, ni de robo ni de hurto, en este proceso y como el cuerpo del delito es el fundamento de todo juicio criminal, faltando esa demostración no puede haber juicio y al decir la sentencia "que la objetividad o cuerpo del delito se halla plenamente demostrada y que ella corresponde al robo, en cuantía mayor de diez mil pesos" ésto no es otra cosa repito que una errada apreciación e interpretación, porque a esos testimonios y a esa pretendida diligencia de inspección ocular y a esas fotografías, les ha atribuído un valor probatorio que no tienen, y no ha tomado en cuenta que ellos no sirven de acuerdo con la tarifa legal de pruebas para acreditar el cuerpo del delito, siendo, que ellos son elementos constitutivos del delito".

Se objeta, asímismo, el fallo de instancia por no estar acreditada la responsabilidad del procesado Tapias Carrillo en la medida legal para condenarlo, ya que la declaración de Iván Hoyos tenida en cuenta no hace fe, no hace plena prueba porque el testigo se contradice y procedió presionado moral y materialmente. Tacha igualmente la demanda el

indicio relativo a un revólver que se dice fué sustraído al denunciante Castellanos y que tenía en su poder el procesado José Pardo o José Hoyos en la noche del robo, según declaración de Iván Hoyos.

En la providencia sometida a recurso se acepta la existencia del robo así:

"El denunciante Castellanos juró que de una cajita de madera le sustrajeron veinticinco mil pesos que guardaba allí y dos cheques por valor de $ 126.-50 y $ 490.40 pero respecto del segundo dió orden de que no lo pagaran.

"La esposa, señora Leonor de Castellanos (fs. 164), depone que en una caja dentro del armario en billetes de distinto valor y paquetes de diversa cantidad guardaba su marido la cantidad de $ 24.300, los dos cheques nombrados y un revólver con su correspondiente dotación.

"José María Camargo (fs. 29), quien intervino como comisionista y José Antonio Leyva Montaña (fs. 37), comprador de un bus y de un turno para otro, pertenecientes a Castellanos, confirman que pocos días antes de cometerse la infracción, Castellanos recibió la suma de trece mil quinientos pesos como precio del negocio celebrado entre él y Leyva.

"Juan de Dios Flórez (fs. 61) también manifiesta que Castellanos guardaba en su casa el dinero procedente de tal negociación.

"Con la inspección ocular y las fotografías tomadas en ella, se comprobó también que en el portón de entrada, en las puertas de la Sala, la alcoba y el armario y en la caja donde guardaba el dinero, hubo violencia para hacerse a éste.

"En cuanto que el artículo 313 del C. de P. P. dá valor al testimonio del interesado y de su consorte para acreditar la preexistencia de las cosas robadas, con tanta mayor razón si ellas, como en el caso presente, tienen respaldo en otros medios de información, se concluye que la objetividad o cuerpo del delito se halla plenamente demostrado y que ella corresponde al robo, en cuantía mayor de diez mil pesos".

Se hace hincapié en la demanda acerca de la discordancia entre la cuantía de lo sustraído, el precio del bus, la clase y especie de billetes que guardaba el denunciante. Y es evidente que los declarantes no guardan entre sí uniformidad en sus afirmaciones, especialmente en relación con la cuantía del dinero sustraído, pero sí se establece de manera cierta que el denunciante Benjamín Castellanos tenía en su casa, en un armario una cantidad superior a diez mil pesos, en efectivo. Esto se evidencia con las afirmaciones de Castellanos hechas en el denuncio, las de su esposa y lo dicho por José Antonio Leyva (fs. 41), cuando afirma que del precio de un bus que le compró a Castellanos pocos días antes del robo, le entregó $ 13.500, dados así: $ 3.000 como arras y $ 10.500 que por su cuenta le dio Roberto Herrera. José María Camargo relata detalladamente lo relacionado con el negocio del bus, entre Castellanos y Leyva. Afirma que primero negociaron dos buses en su presencia por $ 20.000, pero que luégo al reclamar la comisión, puesto que para ese negocio había servido de intermediario, le informaron que se reducía a un solo bus, por once mil y pico de pesos. Pero este testigo afirma haber presenciado cuando Leyva dió a Castellanos, como arras del negocio, un cheque por $ 3.000. Juan de Dios Flórez refiere que Castellanos había recibido del negocio de un bus, según le habían dicho, como doce mil pesos.

No se precisa, en verdad, la cantidad de dinero sustraída al denunciante Castellanos, pero de la prueba relacionada resulta claramente establecido, o de manera que no dá lugar a duda, que la suma materia del ilícito fué superior a $ 10.000.

En cuanto a que los testigos no expresen exactamente la especie y clase de moneda, ello es explicable si se tiene en cuenta la cantidad apreciable de dinero que Castellanos y su esposa mantenían en su casa. Ahora: en cuanto la demanda insiste en que la cuantía del delito no se halla establecida, para el caso es suficiente que ésta se halle demostrada en cuantía mayor de $ 10.000, indispensable para determinar la competencia del Juez que debe conocer del negocio.

Sobre estos aspectos del problema dice el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"Es cierto que los declarantes no guardan entre sí una absoluta uniformidad, lo que, desde luego, daría fuerte sospecha de aleccionamiento. Pero, en lo fundamental, acreditan un hecho indubitable: que el señor Benjamín Castellanos tenía en el armario de su casa más de $ 10.000.00 en dinero efectivo, y que éste fué sustraído de ese lugar, mediante violencia, en la tarde del 17 de septiembre de 1950.

"La exacta precisión de los testigos acerca de la clase y especie de moneda, tampoco era posible hacerla en este caso, en virtud de la cuantiosa suma de dinero que fué objeto del delito. La memoria más feliz y aún la de un empleado de Banco, práctico en estas materias, hubiera vacilado en determinar el número y clase de los billetes, ante semejante cifra y diversidad de ellos".

Considera la Corte

La ley procesal penal autoriza en el artículo 312 del Código respectivo que en los delitos de robo y hurto no será preciso probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos. La apreciación de estas circunstancias queda al prudente juicio del funcionario o juez respectivo.

Es ésta, como si se dijera la norma general que gobierna el principio según el cual la prueba a que se refiere no es indispensable para deducir una responsabilidad, porque ésta no surge de que aquellos hechos estén establecidos sino de la existencia de uno de tales delitos, que con su misma ejecución producen una disminución del patrimonio económico del sujeto pasivo del delito.

Sería aberrante que la ley exigiera al propietario realmente afectado con cualquiera de aquellas infracciones la demostración de circunstancias que constituyen el delito mismo, pues de no haberse producido éste, aquél no tendría existencia. Es ésto lo que determina aquella merma en el patrimonio de quien sufre el delito y por ello mismo se explica que no se le obligue a probar lo que por su propia índole constituye la demostración del hecho delictuoso, cuya prueba pertenece a la justicia, pues el Estado es el sujeto activo de la acción penal y a quien le incumbe demostrar los hechos ilícitos que conllevan una sanción para aplicársela a los que resulten responsables de ellos.

Si de otras pruebas aparece la existencia de un robo o hurto, ésto satisface a la justicia penal, que tiene en esa demostración la prueba del delito. Y llega a tanto la ley misma que creando, por excepción, una atribución amplísima al libre criterio de valoración de la prueba, deja esa apreciación al "prudente juicio" del fallador.

Por consiguiente, ante esta libertad de juicio del Juez por ministerio de la ley, no puede pretenderse que formen parte de los elementos constitutivos del delito hechos que no corresponden a la esencia jurídica del mismo, sino que sirven apenas como límites para señalar la jurisdicción, sin que cambie la naturaleza del ilícito cuando es mayor o menor su cuantía, pues ésto se toma en cuenta en orden a determinar la jerarquía de los funcionarios que deben juzgarlo.

De manera que solamente cuando del hecho mismo realizado no surge la demostración de la existencia del robo o hurto, es cuando puede decirse que excepcionalmente la ley permite recurrir a otros medios probatorios, admitiendo testimonios de personas que en otras circunstancias estarían impedidas para declarar en consideración a su presunta parcialidad, por el interés que tienen en el juicio, lo que puede ser motivo de que la verdad resulte deformada con sus dichos.

Por eso, consignado el principio general que gobierna la materia, según el cual no es preciso la demostración de ciertas circunstancias en el robo y el hurto, porque estos delitos aparecen cometidos y de otros hechos así se deduce, consecuente la ley en no crear obstáculos a la investigación y al descubrimiento de los responsables, autoriza recibir declaración a quienes por su conocimiento de la preexistencia y consiguiente falta de las cosas objeto de aquellas infracciones, están en condiciones de señalarlas a la justicia.

Cuando contra estos testimonios no se aduce una demostración de que no merecen credibilidad, por cuestiones de fondo que digan relación a una falta de verdad en lo que deponen, sus afirmaciones deben ser creídas. No puede admitirse la afirmación de que sus discrepancias los hagan dignos de rechazo como fuentes de verdad. Si ésto fuera así, lógicamente se lograría hacer nugatoria esa prueba, porque por ejemplo la descripción de un determinado objeto podría dar ocasión a discrepancias entre los mismos que lo han tenido en su poder, de manera que sólo la persona en cuyo contacto se hubiera mantenido mayor tiempo dicho objeto podría señalar todas y cada una de sus características, lo que no sucedería con otras personas que conocieran el mismo objeto con ese conocimiento superficial que les permite reconocerlo y señalar a su propietario, pero no describirlo con exactitud rigurosa, lo que quizás sólo pueda hacer aquel que lo conozca íntimamente.

Con el dinero menos todavía puede hacerse una exigencia distinta. Por su índole misma y la natural reserva de quien lo guarda, el conocimiento de su cuantía tiene por fuerza que escapar a muchas de las personas que convivan con su propietario. No se descubre fácilmente su existencia ni aún a personas ligadas por vínculos muy estrechos. El temor a que alguna indiscreción pueda revelar su existencia explica la muy humana reserva de su poseedor.

Esto que se dice de su misma existencia es todavía más estricto en cuanto a su cuantía, pues en un momento puede ser una y luégo cambiar, aparte de que cuando sobrepasa ciertos límites, es muy frecuente que se guarde aún mayor reserva sobre su monto, a fin de evitar la tentación que

pueda producir en las personas que conozcan de su existencia en poder de quien lo guarda.

Estas son apenas apreciaciones elementales, pero no carentes de lógica sobre la materia. Por ello se comprende que la ley las tenga en consideración para reglar un sistema que corresponda a un medio de prueba que debe guardar proporción entre la forma de producirla y la única manera de lograrla, para evitar la dificultad de conseguirla con procedimientos que de no existir tal como la ley procesal los permite y autoriza, implicaría la imposibilidad de hacerlo por medios diferentes.

Sinembargo, tampoco es exacto que la comprobación de la cuantía de lo robado haga parte del cuerpo del delito, como lo considera la demanda para el efecto de criticar la prueba de su existencia y tratar de establecer que las discrepancias de los testigos que sobre ello deponen constituye la demostración de que la preexistencia de los bienes sustraídos o robados no pudo establecerse.

El delito contra la propiedad de la clase del que aquí se trata no precisa que se demuestre algún valor en la cosa sustraída o aprehendida mediante los procedimientos que determinan la existencia de un robo o un hurto, es decir la violencia que distingue al uno del otro. Apenas exigen que por esos medios que caracterizan a tales infracciones salgan del ámbito patrimonial del dueño o poseedor de las cosas objeto materia del delito, de tal manera que se prive a éste de su propiedad empleando procedimientos que la ley señala como delictuosos en orden a la comisión de uno de aquellos hechos.

Si la cuantía de lo robado o hurtado hiciera parte del cuerpo del delito, ello mismo implicaría que basta la falta de esa comprobación para producir el efecto antisocial de la impunidad total de tales hechos. Por eso se ha dicho que la ley es amplísima en permitir los medios para esa comprobación, pues llega a tal punto su elasticidad en la materia que otorga al Juez una facultad que linda con la libre apreciación del funcionario, sin más límites que su buen juicio. Y si todavía este procedimiento no consigue los propósitos que se buscan, admite también elementos de prueba que de otra manera tendrían que ser desestimados.

Por ello con sobrada razón anota la Procuraduría que la cuantía de que se apodere el agente en esta clase de delitos sólo sirve para señalar la competencia del Juez del conocimiento y para atenuar o agravar la sanción, como lo preven los artículos 398, numeral 2º y 399 a 401 del Código Penal.

Formula también la demanda críticas a la inspección ocular llevada a cabo en el curso del sumario, referentes a que al auto que ordenó esa diligencia no se notificó a las personas que intervenían en el proceso, que no se sujetó esa diligencia a los puntos indicados por el Juez de instrucción y que los peritos no dijeron si las huellas encontradas en la casa de Castellanos tenían relación con la violencia ejercida al consumar el delito y cómo fueron hechas.

De cada uno de estos temas tratará la Sala por separado.

a) *Notificación omitida*

Sobre el particular ha dicho la Corte, y ahora lo ratifica:

"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 (art. 168), lo mismo que a su apoderado o defensor (art. 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.

"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 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' (art. 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' (Casación de Eustaquio López Pinzón. "GACETA JUDICIAL" tomo 64 pág. 537).

Abundando en idénticas razones el Procurador Delegado sustenta también igual doctrina, pues refiriéndose de manera especial a los artículos 168 y 169 afirma que el mandato en ellos contenido hace referencia primordialmente al juicio y no al sumario, ya que en el primero de la misma ley dispone que "en el curso del *juicio* ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada" (art. 195), al paso que en el sumario fija términos perentorios y rápidos para el cumplimiento de las pruebas y demás actuaciones procesales. En este período investigativo —agrega— no hay días inhábiles ni suspensión de términos para el Juez, dada la índole dinámica y continua que requiere la comprobación de los objetivos del proceso".

Las razones que apoyan la anterior doctrina, aparte de las contenidas en la misma, no pueden ser más valederas. Si todas las diligencias que se practican u ordenan practicar en un sumario hubiesen de sufrir el trámite de la notificación a que se refiere el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal, puede afirmarse que los fines de la investigación tendientes al descubrimiento de los hechos y de los autores o partícipes de un delito, se harían prácticamente estériles.

Uno de los postulados de una buena investigación criminal es que ella se haga con la rapidez necesaria para que las huellas, rastros y vestigios que deje el delito sean descubiertos antes de que se borren o desaparezcan, bien por la acción del delincuente o por otras circunstancias. Es manifiesto que de la práctica de una notificación puede resultar la pérdida preciosa de tiempo que dé ocasión para que se produzcan aquellos efectos deplorables que conducirían al fracaso del trabajo investigativo. De aquí que por la misma naturaleza de las cosas debe entenderse que lo que la ley pretende con la norma que ordena la práctica de la notificación a las personas que intervienen en el proceso, ello se entiende cuando su realización no perturbe la labor de investigación que corresponde cumplir dentro de circunstancias que excusan un procedimiento engorroso que haría írrita la persecución de los delincuentes e imposibilitaría allegar al sumario la comprobación de las huellas que el delito haya dejado.

Está bien que se rodee el proceso penal de todas aquellas garantías para que los preceptos que la ley otorga al delincuente se cumplan. Pero es también evidente que estas garantías no pueden ir más allá de los fines sociales que persigue el castigo de los delitos y la investigación de las actividades de quienes resulten comprometidos en su comisión. La notificación de un auto o providencia tiene por finalidad hacer conocer al interesado el estado en que se encuentra el proceso y los autos que han recaído en él para que tome las medidas que aconseje su interés y su defensa. Pero esto cuando haya juicio propiamente dicho, esto es elementos que hayan permitido la formación de una causa criminal en la cual por tener en ella la calidad de procesado debe gozar de aquellos beneficios o garantías que la ley concede para su descargo. Mientras haya una investigación y ésta apenas se encuentre en las primeras fases de su actividad sería improcedente la existencia de procedimientos legales que conducirían a llenar de obstáculos la investigación y harían del sindicado un sujeto con garantías mayores de las que goza la sociedad para el descubrimiento de los delitos y el castigo de quienes resulten responsables de su consumación.

Por otra parte, y este argumento resulta definitivo en orden al rechazo de las críticas que la demanda formula a las primeras diligencias de la investigación en este proceso, de autos aparece que cuando ellas se practicaron, las pesquisas para el descubrimiento del delito no habían conducido todavía a la sindicación de Tapias.

Por consiguiente, como esas diligencias no se practicaron en atención a que haya un sindicado o varios, sino en busca de determinadas demostraciones para configurar elementos que deben dar una u otra calificación al delito, con prescindencia del mismo delincuente, puede suceder que éste surja con mucha posterioridad a su práctica; entonces se comprende por qué resulta imposible notificar una providencia a quien todavía no es sujeto de relación alguna procesal ni está unido por lo tanto al proceso, como para que se le tenga en calidad de parte y goce como tal de las garantías que la ley le otorga.

Sólo a folio 145 y con fecha 4 de diciembre de 1950, aparece en el expediente que Tapias es puesto por el detectivismo a disposición del funcionario instructor; y es indagatoriado el 6 del mismo mes, momento en el cual nombra el apoderado que lo representó a través de todo el proceso.

Como las diligencias para establecer la violencia en el delito, que ataca la demanda, se practicaron el 21 de septiembre y el 4 de octubre de 1950, es decir dos meses antes de que Tapias figurara como procesado, es notorio que éste ni su apoderado podían ser notificados de diligencia alguna que fuera a practicarse en el sumario, por cuanto no tenían la condición de procesado ni apoderado, como se demuestra con sólo comparar las fechas respectivas.

No está en consecuencia fundado el cargo que se hace en la demanda por la omisión de una notificación que la ley no ordena, ni la investigación criminal admite en ningún caso.

b) *Desacuerdo entre los puntos materia de la inspección ocular precisados en el auto respectivo y los temas que contiene la diligencia realizada.*

Continúa la demanda su impugnación a la inspección ocular, y dice que esa diligencia "no podía versar sino sobre los puntos concretos a que se refiere el auto". Agrega: "Además el auto que decretó la diligencia de inspección ocular no estable-

ció entre los puntos sujetos a examen el que los peritos reconocieran las huellas, sino otra cosa muy distinta y como el artículo 211 del C. de P. P. dice que la diligencia de inspección ocular no *tendrá valor alguno*, si no se ha decretado por un acto que exprese con claridad los puntos materia de la diligencia, entre esos puntos no tiene el auto, el de determinar si los peritos encontraban huellas de violencia en las puertas, sino si los muebles podían haber sido violentados con atornillador y si en ellos había señales de grasa, puntos concretos, sobre los cuales los peritos ni el Juez nada dijeron ni han dicho hasta el día de hoy" (La subraya es del texto).

Este aparte de la demanda se refiere de modo indudable a la prueba que el Juez de instrucción ordenó practicar a fojas 68, en donde se determina claramente que se trata de una diligencia pericial, como textualmente lo indica el auto fechado el 3 de octubre de 1950. Con posterioridad (fs. 71 vto.) y como respuesta a un memorial petitorio de pruebas formulado por la parte civil, reconocida en el proceso, en el cual también y de modo expreso se solicitaba la práctica de una diligencia pericial en la casa del perjudicado, el funcionario de instrucción accedió a ello y designó los peritos que debían llevarla a efecto, doctores José María Garavito y Octavio Luque funcionarios del Laboratorio Forense del Instituto Médico-legal de Bogotá.

El nombramiento de estos peritos y la misma expresa afirmación que hacen esas providencias del instructor indican claramente que se trata de conseguir una prueba en la cual se requieren conocimientos especiales en determinada ciencia o arte y por lo tanto lo procedente era la prueba pericial, pues la índole de lo que se pretendía establecer con ella resultaba ajena a otra categoría de prueba, cual es la inspección ocular, que por ser el examen y reconocimiento personal del mismo Juez, tiene con aquélla fundamentales diferencias.

Si se atiene a la historia de la ley tal como ella surge de las Actas de la Comisión Redactora del Código de Procedimiento Penal, se comprende que el pensamiento que orientó la regla del artículo 211 fué impedir que dicha prueba fuera realizada sin las debidas garantías para que no se constituyera en fuente de abusos y arbitrariedades. Desde este punto de vista se comprende que deba ser practicada cumpliendo las exigencias de la ley a fin de que tenga valor dentro del proceso. Pero no es posible confundirla con otra prueba de distinta índole, para aplicar también a ésta, cuando el estatuto no lo prescribe así, igual norma, porque ello es inaceptable. De aquí que la cita de la demanda con referencia al artículo 211 sea improcedente, pues para tener algún valor debería referirse a la diligencia que en realidad se ordenó practicar y se practicó como consta a fojas 72, en la misma fecha señalada en la diligencia que la decretó y con los peritos nombrados al efecto, quienes tomaron posesión de sus cargos durante la práctica de aquélla.

Es verdad que el acta de la diligencia respectiva consigna que se trata de una inspección ocular, pero lo consignado y ordenado en los autos en que fueron decretadas bien claro se dice que la diligencia tiene por objeto la práctica de una inspección pericial y no ocular, por lo mismo que a los peritos se les señalaron los puntos concretos sobre los cuales debían rendir su dictamen y el objeto para que asesoraban al investigador. Se confundió, es cierto, una prueba con otra, porque los procedimientos para producirla son distintos y por ello tiene razón el colaborador fiscal al aseverar que en este caso la norma procedente es el artículo 263 y no el citado en la demanda, el artículo 211, por cuanto aquel mandato dispone: "Todas las inspecciones, exámenes y diligencias que hayan de practicarse por el perito para estudiar y fundar su dictamen, podrán ser presenciadas por el Juez o el funcionario instructor....".

Nada distinto a ésto fué lo que ocurrió en el proceso y por eso se lee en el auto que dispuso la práctica de tal diligencia que en la hora señalada para cumplirla "el Juzgado se trasladará con los peritos mencionados a realizarla" y al final de la misma se dijo textualmente: "En el acto de la diligencia se dará posesión a los peritos", los que por cierto fueron amonestados al tenor del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal.

Además de ésto, los puntos concretos de la prueba pericial, que hacía para el caso improcedente la inspección ocular, se señalaron claramente, así: Si los muebles pudieron ser violentados con el destornillador que ha sido decomisado y si en ellos se encuentran señales de grasa y si tal grasa corresponde a la que se aprecia tiene el destornillador en referencia. El mismo tema propuesto a los peritos indica que no era necesaria la presencia del Juez en la práctica de tal prueba y que de consiguiente no siendo una inspección ocular lo que en realidad se practicó, aunque otra cosa diga el acta equivocadamente, no pueden aplicarse normas que sólo rezan con esta categoría de prueba, y, por lo mismo, únicamente la comprenden a ella, porque no puede extenderse lo referente a la una, por las razones que antes se han dado y que fueron el espíritu que

determinó la expedición de la norma, a otra categoría en donde no se han concedido garantías especiales.

Basta reproducir el texto de esta diligencia para concluír que lo llevado a cabo no fué una inspección ocular porque en manera alguna en ella el Juez pretendió examinar y reconocer personalmente los hechos materia de la investigación, sino que se limitó de conformidad con el artículo 263 antes citado, a presenciar los exámenes, diligencias e inspecciones que debían practicar los peritos.

Dice la diligencia:

"...se trasladó el personal del Juzgado Quinto de Instrucción Criminal en asocio de los peritos nombrados para tal efecto doctores José María Garavito y Octavio Luque a la casa Nº 66-55 de la carrera 11, o sea a la residencia del señor Benjamín Castellanos. Una vez allí... Se procedió a hacer el examen de las huellas que presentan el portón de entrada, la puerta de la sala, las dos puertas de las dos piezas que sirven de alcobas, del armario y de la caja que contenía el dinero robado. Los peritos estimaron de necesidad imperiosa el que se fotografiaran las huellas de violencia encontradas y en consecuencia el suscrito Juez solicitó la colaboración del Permanente del Norte... y dispuso que colaborara a la diligencia el fotógrafo de este Juzgado señor Rafael Reyes Solano quien prestó sus servicios como tal tomando las fotografías así: La primera que corresponde a la puerta de la primera alcoba que queda hacia el norte y al lado derecho de la casa; la segunda que corresponde a la puerta de la alcoba siguiente en el mismo costado norte; la tercera y cuarta que corresponden a las dos puertas del armario violentado y por último la quinta que corresponde a la cantonera de la chapa del portón. Los peritos estimaron que era de necesidad urgente tomar de la puerta de la sala, de las dos de las alcobas y del armario los trozos correspondientes a los lugares en que aparecen las huellas con el fin de llevarlos al Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal para efectos de hacer los estudios y comparaciones correspondientes con el atornillador que resolvieron llevar para tales efectos, solicitando al señor Juez un plazo de unos diez días para rendir el dictamen correspondiente, plazo que el señor Juez les otorgó ante la necesidad del estudio que va a realizarse..." (fs. 72 y vto.).

"...hay que decir —anota con sobra de razón la Procuraduría— que la diligencia pericial se sujetó estrictamente a los puntos objeto del dictamen, puesto que los exámenes que hicieron los expertos en el lugar del robo, se concretaron a mirar las huellas de violencia y a extraer las partes de los muebles en que estaban impresas, para poder hacer los análisis de laboratorio que implicaban los temas puntualizados por el Juez y el apoderado de la parte civil. Ocurrió, sí, que por omisión censurable, los peritos no rindieron su dictamen, ni el funcionario lo reclamó".

Podrá objetarse que esta forma de encarar el problema que suscita la demanda sobre este punto implica desconocer la fuerza de los elementos de prueba en los que se sustentó la condena del procesado recurrente. Mas es obvio que cualquiera que sea la prueba de la violencia, ella resulta demostrada, porque se logró comprobar con medios de diferentes categorías, pero todos convergentes a establecer aquella circunstancia, indispensable para dar fisonomía de robo al hecho. Así se desprende de las mismas fotografías que los peritos ordenaron tomar y que como se ve a fojas 78 revelan las huellas de la violencia que se empleó para consumar el delito, y sobre todo el informe técnico que obra a fojas 56.

No puede circunscribirse a una sola prueba la demostración de un hecho. La prueba penal generalmente es compleja: resulta de muchas categorías, que unidas producen la certeza legal sobre un determinado acto, que es en última instancia la finalidad del proceso penal.

De lo dicho resulta que la crítica de la demanda sobre este punto es infundada.

c) *La inspección ocular no determinó la naturaleza de las huellas encontradas.*

La crítica sobre este punto la concreta así la demanda:

"De manera que se tiene demostrado que la tal diligencia de inspección ocular no acredita ese elemento de la fuerza y violencia, primero porque habla de unas huellas sin decir cómo son, ni cómo fueron hechas, ni con qué instrumento y segundo porque la diligencia de inspección ocular no se decretó para este efecto, sino para otro distinto o sea la comparación de que habla el auto" (fs. 16 del cuaderno 3).

Se responde: No era necesario que así se hiciera. Para establecer un delito de robo, en el que la violencia dá tal carácter al hecho, no es indispensable que se establezca con qué instrumentos o medios se detentó la propiedad ajena consumando aquel delito. Ello implicaría que de no descubrirse el objeto empleado para violentar las cosas sobre las que

se empleó la fuerza, dicha circunstancia quedaría sin demostración, lo que es inaceptable.

Con todo, a fojas 56 del proceso figura un informe técnico del Departamento de Investigación Criminal de la Policía Nacional.

En esta importante diligencia se lee lo siguiente:

"...Las puertas violentadas fueron tres. En primer término, el portón que presentaba rastros de palanca entre las dos hojas y a la altura de la chapa.... En segundo lugar, aparecía violentada la puerta de la sala con las mismas características de palancamiento producidas con un elemento de unos trece milímetros de ancho... En tercer término se nos mostró la puerta de una de las habitaciones que había sido también violentada; en el interior encontramos una cama cuyos tendidos se hallaban en completo desorden, como manifestaciones características de la requisa que los asaltantes practicaron en busca de dinero, de cuya presencia, al parecer estaban seguros. Esta última pieza se comunica con otra por una puerta sin medios de seguridad; en esta pieza hallamos una cama, una mesa y un armario que se encontró violentado, presentando abolladuras en la madera a la altura de la chapa... La caja en cuestión es de figura rectangular, de madera sin taponar...; fue encontrada por el suscrito sobre la cama, violentada su cerradura y abierta..." (fs. 56 y 57, cuaderno 1º).

El libelo formula esta objeción al informe en referencia:

"Es verdad —dice— que a folio 56 aparece una nota firmada por un señor Eliécer Acosta, en el que se habla de que las puertas fueron violentadas y dice que hace referencia a una inspección ocular, pero es lo cierto que dicho sujeto no fue nombrado perito para diligencia de inspección ocular ninguna y además llama la atención que dicha nota lleve fecha 21 de septiembre, es decir siete días antes de que dicha diligencia fuera decretada, que lo fue el día 28 y como el informe a que hace referencia no fue rendido en virtud de diligencia ninguna decretada al tenor de lo dispuesto por el artículo 211, es claro que no tiene valor legal ninguno de acuerdo con lo allí dispuesto".

En primer término debe afirmarse como respuesta a esta objeción, que no puede confundirse la intervención del servicio técnico permanente del Departamento de Investigación Criminal de la Policía Nacional, con la diligencia pericial que se ordenó practicar el 3 de octubre de 1950 y no el 28 de septiembre, como se afirma en la demanda, porque estudiados minuciosamente los autos no existe constancia de que en este último día se hubiese ordenado practicar por el investigador diligencia alguna.

En segundo lugar, ya fue establecido prolijamente que la diligencia de 3 de octubre tiene todas las características que distinguen una prueba pericial y que la diligencia que mediante ella se realizó no procuró sino reunir elementos para llevar a término el dictamen pericial que allí fue indicado.

Por lo demás, en la búsqueda de la verdad en una investigación criminal la participación de organismos técnicos es no sólo necesaria sino imprescindible. Si éstos dictaminan que encontraron huellas de violencia, como claramente lo determina el informe en cuestión, en el sitio en donde un delito de robo tuvo su cumplimiento, es porque el elemento que dá fisonomía a este atentado contra la propiedad ajena se manifestó en la forma en que los técnicos lo describen. Negar eficacia probatoria a un informe rendido por quien tiene el carácter de funcionario auxiliar de la administración de justicia para el descubrimiento de los criminales, resulta excesivo. La ley debe brindar garantías y derechos al procesado; pero no puede la defensa de éste prescindir de las pruebas que en el expediente comprometen al mismo, porque si bien pueden ser éstas de diferente categoría y emanar de distintas procedencias, su finalidad es establecer determinado hecho —la violencia en este caso— y ya está superabundantemente demostrado que ella existió para configurar el delito de robo por el que respondió en juicio el procesado recurrente y por el mismo a que fue condenado.

De manera que no resultan probadas las objeciones de la demanda sobre los puntos estudiados.

Responsabilidad del procesado

"Ahora —dice la demanda— con respecto a la responsabilidad tampoco ésta se encuentra acreditada en la forma prescrita por el artículo 203 del C. de P. P. o sea, la existencia de una prueba plena y completa dentro del proceso y legalmente producida de donde se pueda deducir que Carlos Enrique Tapias es el responsable de la infracción por la cual se le condena".

Critica en seguida la manera como fue apreciada la declaración de Iván Hoyos, la única que en sentir del demandante dio ocasión a la condena del procesado y afirma que esa declaración por haber sido contradicha no merece valor alguno. Agrega que la norma general que gobierna la apreciación del testimonio en el estatuto procesal está contenida en el artículo 224 y esta disposición enseña

que al Juez corresponde apreciar la credibilidad del testimonio, teniendo en cuenta las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que rinda su declaración.

Señala entre las reglas que constituyen la crítica al testimonio las siguientes:

"La declaración de un testigo no forma por sí plena prueba (artículo 697 del C. J.).

"No tiene fuerza el dicho de un testigo que depone sobre algún hecho por haberlo oído a otros, sino cuando recae la declaración sobre hechos antiguos o cuando se trata de probar la fama pública (artículo 698 ibidem).

"No hace fe el dicho del testigo que se contradice notablemente en una o varias declaraciones en cuanto al hecho mismo o sus circunstancias importantes, ni tampoco tiene valor el testimonio dado por soborno o cohecho" (artículo 701 ibidem).

"Las declaraciones dadas en el sumario conservarán la fuerza que les es propia, pero la perderán si los testigos infirmaren luego sus declaraciones" (artículo 263, ley 57 de 1887).

Lo primero que corresponde decir para contestar las afirmaciones del libelo que se dejan transcritas, es que no es lícito buscar normas del procedimiento civil para complementar los principios que informan la prueba en materia penal, que fue totalmente reglamentada en el código respectivo, o sea, la ley 94 de 1938. Es verdad que el artículo 7º de esta ley dispone que pueden aplicarse las normas comunes a todos los juicios, contenidas en el procedimiento civil, pero exige como expresa condición que ello se haga en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente código. Al reglamentar éste la marcha de la prueba testimonial dictó todas las normas que gobiernan la producción, recepción y valoración de esta categoría de prueba, en forma que precisamente se opone a que se pretenda que principios de la legislación civil estén incorporados en la msima.

Resulta también improcedente la cita de disposiciones derogadas, como el artículo 263 de la ley 57 de 1887, correspondiente a un Código que dejó de existir al entrar en vigencia la ley 94 de 1938 —Código Procesal Penal en vigor— sin que valga argüir en contrario que ese precepto debe considerarse incluído entre los principios que gobiernan la prueba testimonial, porque al no haberlo reproducido la nueva legislación, que reglamenta en su integridad la materia, indica que la apreciación de la prueba de testigos se orientó en ésta con distinto criterio, no propiamente el de señalar cuándo la prueba contenida en el testimonio conservaba o perdía su valor, sino siguiendo un sistema de valoración analítica, tomada en su conjunto y de conformidad con los principios de su crítica, de acuerdo con la norma general que contiene los elementos que sirven para dar al testimonio humano todo su valor como fuente de certidumbre en los juicios criminales.

En efecto, el estatuto procesal penal determina en su artículo 224 todos los elementos que permiten al Juez en materia criminal, apreciar el verdadero valor probatorio que otorga a determinada prueba testimonial. Si es verdad que existe en el procedimiento penal la tarifa legal, no es menos cierto que este principio sufrió una fundamental modificación, porque ahora la prueba no se cuenta sino se pesa, es decir, se la aprecia cualitativa y no cuantitativamente. Por lo mismo, no puede afirmarse en forma dogmática que lo dicho por un solo testigo no puede ser elemento que conduzca al Juez a la certeza legal y con base en él dicte sentencia condenatoria. Por eso aquella disposición le señala todos los medios en virtud de los cuales puede llegar a la conclusión de que el testigo dice la verdad y su declaración admite amplia credibilidad.

Examinada a la luz de ese precepto la declaración de Iván Hoyos se comprende que las normas de la crítica del testimonio que la demanda enumera no son precisamente las que impiden dar crédito a sus afirmaciones. Las que sí servirían para ello serían las que permiten aplicar a la prueba testimonial el método de investigación consistente en someter tal testimonio a la formulación de las distintas hipótesis que pueden explicar su aceptación o rechazo. Así, podríase formular esta pregunta: ¿Por qué declaró el testigo en la forma en que lo hizo? ¿Obedeció a un error y por ello es explicable su deposición acusadora?; ¿tuvo por causa el propósito de engañar a la justicia con una mentira; o en fin, sus aseveraciones corresponden a los hechos efectivamente presenciados y que narró porque fue en ellos protagonista y pudo apreciar por directas percepciones de sus sentidos?

No existe a través del proceso dato alguno que permita atribuir la declaración de Hoyos a error, ni menos al propósito de mentir. Los siguientes razonamientos que el señor Procurador Delegado destaca, comprueban hasta la saciedad la realidad de aquella afirmación:

"1º Hoyos rindió su primer testimonio el 28 de noviembre de 1950 con tal acopio de datos concre-

tos, que sólo la real percepción de ellos hacía posible su pormenorizada exposición.

"2º El 11 de diciembre del mismo año, Hoyos sostuvo un largo careo con el procesado Tapias, y allí declaró nuevamente todo lo que había dicho antes, sin incurrir en contradicciones notables, a pesar del amplio interrogatorio que le hizo el apoderado de Tapias. Esa persistencia en la afirmación de los hechos principales es como una piedra de toque acerca de la veracidad del testigo.

"3º El dicho de Hoyos está firmemente respaldado con otras pruebas del expediente sobre lo cual los juzgadores de instancia hacen un persuasivo análisis.

"4º Hoyos es persona versada en materias investigativas pues ocupaba el cargo de Secretario del Juzgado Permanente por la época en que dio sus primeras declaraciones, lo que hace pensar en su deseo de auxiliar a la justicia, en la sinceridad y honradez de su testimonio y en la imposibilidad de que se dejara presionar para rendir una mentira de tan graves consecuencias, como es la de comprometer a una persona inocente en la comisión de un delito; y

"5º La retractación la hizo el 22 de agosto de 1951, es decir, casi a los nueve meses de haber declarado por primera vez, y ya cuando estaba detenido en compañía de Tapias, y el abogado de éste (fls. 335 y 343) había insistido ante el Juez para que se recibiera el ambicionado testimonio.

De suerte que la última actitud del testigo Hoyos se resiente de gran sospecha de parcialidad, de interés en favorecer a su compañero de prisión".

Sometida, pues, la prueba existente en este proceso, especialmente la declaración de Hoyos, a un estudio analítico de comparación, necesariamente tiene que concluirse que sus dichos merecen credibilidad, y por tanto lo declarado en un principio tiene todas las características de lo cierto. No podía tener ningún sentimiento contra Tapias que explicara algún interés dañino de causarle daño sindicándolo de un grave delito. Por el contrario, la amistad que los unía, hasta compartir su misma habitación, impide aceptar esta hipótesis. No puede verse tampoco en la actitud de Hoyos, por su misma posición de empleado de un Juzgado Permanente, sino el deseo de colaborar con la autoridad en el descubrimiento de cuantioso robo. Por este aspecto bien se comprende que tanto las condiciones personales del testigo, las mismas a que se refiere el testimonio, sobre cuestiones de cuya versación tiene que admitirse por el mismo cargo ocupado y por las circunstancias en que pudo percibir y rendir su declaración, dada su amistad con Tapias que lo capacitaba plenamente para conocer las andanzas de éste, su género de vida y demás hechos, que relacionados con el dato de que en la tarde del delito Tapias se encontraba sin dinero y una vez cometido éste mostró una cantidad considerable de billetes de distinto valor, todo ello y el mismo careo en que reafirmó todos los cargos, sin contradicción ni ambigüedad, constituyen la razón por la cual sometido ese testimonio a los preceptos que la ley enseña para valorarlo como criterio de certeza, resulta que de este análisis no puede desprenderse su rechazo, sino que por el contrario, unido al resto de pruebas que comprometen a Tapias y de las cuales hace la sentencia enjuiciada severa apreciación, las objeciones de la demanda en esta parte tampoco pueden prosperar.

La sentencia de instancia hace una profunda interpretación de todos los elementos que establecen que con el dinero adquirido en el robo a Castellanos, Tapias compró un automóvil por la suma de $ 9.600.00 y ante el temor de que esto pudiera traerle alguna complicación resolvió matricularlo en cabeza de su madre y hacer figurar a ésta en los papeles de traspaso de la propiedad del vehículo.

La demanda tampoco encuentra que este hecho esté demostrado y hace especial referencia a la circunstancia de que el vendedor del carro no hubiera reconocido a Tapias en rueda de presos como a una de las personas que fueron a su almacén a efectuar la compra. Este hecho es cierto, pero no logra establecer tampoco que el procesado sea inocente del delito que se le atribuye y por el cual fue condenado. Ello cuando más demostraría una de dos cosas: que el vendedor no quiso o no pudo hacer el reconocimiento; lo primero por temor de encontrarse envuelto en un lío judicial, que los comerciantes procuran por todos los medios evitar, o porque la mala memoria para retener las fisonomías no le permitiera el reconocimiento. Pero como de otra parte existen elementos probatorios más que suficientes para comprobar con certeza que la madre del procesado no estaba en condiciones económicas para comprar un vehículo tan costoso y como de otro lado, todas las explicaciones que dio sobre el origen del dinero con que pagó de contado el automóvil se resienten de inverosimilitud, es menester concluir que las críticas que por este aspecto formula la demanda carecen de eficacia en orden a demostrar que la responsabilidad de Tapias no está establecida legalmente.

Por lo demás, la demanda en este punto no logra producir un análisis en el que verdaderamente se

descubra una demostración de que los hechos en que la sentencia se apoya para afirmar el indicio que surge, tan grave y fuerte de la compra del automóvil no está demostrado. Hubiérase formulado una severa crítica a tal hecho y podría entrar la Sala en un estudio más a fondo. Pero es tal la certidumbre que ofrece ese elemento probatorio dentro del proceso, que por su misma fuerza de convicción no presentó argumentos que pudieran contrarrestarlo. De allí que las razones en su contra no ofrecen un aspecto que permita discriminarlas para encontrar que sí tienen alguna solidez o pueden cambiar la faz legal que el proceso presenta por este aspecto.

En lo que respecta a la afirmación de la demanda de que fue el pasado judicial de Tapias el que sirvió de base a su condena, puede contestarse con el colaborador, que su mala conducta no fue propiamente lo único que determinó la sentencia condenatoria dictada contra él.

Sin embargo, puede exhibirse el pasado de este hombre como el de un verdadero espécimen de delincuente habitual contra la propiedad ajena y que si bien las condenas anteriores contra él recaídas, por una grave negligencia del investigador no fueron traídas a los autos, a fin de que sirvieran para considerarlo reincidente y aplicarle todo el rigor de la ley, no puede desconocerse que dentro de un estatuto penal en que el delincuente mismo tiene tan señalada importancia, como que su peligrosidad es la que fija la cantidad de pena que merece, no es posible prescindir de ese concepto para valorarlo junto con todos los demás elementos que sirven para adquirir la convicción legal de que determinado sujeto violó la ley penal y que se hizo por ello acreedor a una sanción.

Como demostración de la habitualidad del procesado obra en los autos el prontuario delictivo de este sujeto, que establece sus antecedentes de antisocial reconocido y peligroso (fs. 174 y 176).

En mérito de lo expuesto la Corte —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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la causa seguida contra Carlos Enrique Tapias Carrillo, por el delito de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez Julio E. Argüello, Secretario.

DELITO DE COHECHO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, octubre treinta y uno de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Consulta el Tribunal Superior de Pamplona, su auto de fecha cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta y uno, por el cual sobresee definitivamente a favor del doctor José Lobelo Manjarrés por los cargos que se le hacen en este proceso, relacionados con el delito de cohecho de que aparece sindicado.

Tramitada la instancia en forma legal, se procede a resolver lo que fuere del caso.

Hechos y actuación procesal: Este proceso se inició con fundamento en lo ordenado por el Tribunal Superior de Pamplona en auto fechado el seis de mayo de mil novecientos cincuenta, en el que se dispuso sacar copia de lo pertinente del sumario que se adelantaba contra el doctor Luis A. Guevara, Juez Superior de Ocaña, sindicado por el delito de prevaricato, en lo relacionado con cargos que este sindicado le hacía al doctor José Lobelo Manjarrés, Fiscal del mismo Juzgado Superior de Ocaña.

El doctor Luis A. Guevara, al rendir su indagatoria, hizo las siguientes afirmaciones, ratificadas luégo bajo juramento:

"...Además se rugía que el Fiscal Lobelo Manjarrés había recibido quinientos pesos ($ 500.00) para no dejar soltar a los sindicados, en la oficina del doctor Santiago Rizo Lobo; no recuerdo el nombre del individuo pero en todo caso es de Convención y estuvo preso por el asesinato de **Milet Amaya.** Lo que igualmente motivó la reyerta que tuvo con el Juez Pinilla, a quien se debe indagar sobre el particular y luego ahora al doctor Zurek Mesa, en el asunto de Reyes González, quien como Presidente de la Sala Penal del Tribunal me ordenó que adelantara el proceso contra Reyes González y que lo tenía en el despacho desde hacía más de un año —en la Fiscalía— de donde se robaron más tarde varios expedientes...".

También dijo el doctor Guevara: "...Supe por un señor, cuyo nombre no recuerdo, pero que reside o vive en Convención y que está sindicado por la muerte de Milet Amaya, que el expresado sindicado había referido en la oficina del doctor Santiago Rizo Lobo a los familiares de los presos, que el doctor Lobelo Manjarrés había recibido la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) para no dejarlos salir de la cárcel y no permitirles la libertad...".

Por lo tanto, el cargo imputado al doctor Lobelo Manjarrés en este proceso, se hace consistir en que recibió la suma de quinientos pesos ($ 500.00) por oponerse a que se concediera la libertad a unos sindicados, en su condición de Fiscal del Juzgado Superior de Ocaña.

El Tribunal Superior de Pamplona comisionó al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Ocaña, para que adelantara la investigación correspondiente.

Este funcionario, recibió declaración al doctor Santiago Rizo Lobo, citado por el doctor Luis A. Guevara en la indagatoria que dió motivo al presente proceso, al señor Efraín Gutiérrez Patiño, también citado por el mismo doctor Guevara, al Director de la Cárcel del Circuito de Ocaña y a varios de los guardianes de este mismo establecimiento carcelario.

Posteriormente, el Juez Segundo Superior de Cúcuta, comisionado por el Tribunal Superior de Pamplona, recibió declaración indagatoria al sindicado doctor Lobelo Manjarrés; quien manifiesta entre otras cosas las siguientes:

"Por la lectura que el señor Juez me hizo de una pregunta al señor doctor Guevara, recuerdo de qué asunto se trata. Fué un asesinato cometido en toda una familia sin respeto a las mujeres, si no recuerdo mal, ocurrió en el año de mil novecientos cuarenta y ocho, y en una casa de campo de jurisdicción de Abrego. No solamente eran sindicados los dos sujetos cuyos nombres me ha leído el señor Juez, o por lo que me ha preguntado, eran otros más. Su apoderado solicitó en varias ocasiones el beneficio de libertad y en todas yo me opuse como Fiscal e igualmente el Juez les negó la libertad. Se calificó el proceso; fueron llamados a juicio por homicidio simplemente, con circunstan-

cias de mayor peligrosidad; el apoderado de la parte civil apeló. El Tribunal devolvió el expediente al Juzgado para que hiciera algunas notificaciones que había dejado de hacer. Aprovecharon esta circunstancia los detenidos y por sí mismos pidieron la libertad. El Juez que calificó el proceso y que había negado en varias ocasiones la libertad a los sindicados era el doctor Luis A. Guevara; a él mismo le correspondió resolver la nueva petición de los detenidos incurriendo en flagrantes contradicciones y violando en forma ostensible su propio criterio y las normas legales les concedió libertad a los peticionarios, cuando, como he dicho, ya los había llamado a juicio y no tenía jurisdicción para resolver la petición de libertad. Hubo muchos incidentes entre el Juez y yo que no considero del caso relatar aquí; lo cierto es que inmediatamente que concedió la libertad me dirigí al Tribunal en un enérgico telegrama dando cuenta de la actuación irregular e inmoral del Juez Guevara; ello trajo como consecuencia una investigación criminal ordenada por el Tribunal...".

Más adelante el doctor Lobelo Manjarrés al ser preguntado sobre si conocía o sabía quién era la persona que recibiera la suma de quinientos pesos ($ 500.00), con el fin de obstaculizar la excarcelación de unos detenidos que se encontraban en la cárcel de Ocaña, contestó:

"Ni en esa época a que se refiere la pregunta ni en ninguna otra época he recibido dinero alguno de nadie para cumplir o no cumplir con mis funciones de mi cargo. Pero como ya sé que es el doctor Guevara quien me hizo ese cargo no lo puedo extrañar...".

Termina así el sindicado su indagatoria: "Naturalmente la pregunta debe referirse a los mismos Pérez y Navarro a quienes se me ha nombrado antes, y yo habría cometido algún delito obstaculizando su salida de la cárcel sin tener razones legales para ello. Evidentemente yo me opuse muchas veces a que fueran libertados y la mejor razón y justificación de mi conducta la dió el mismo Tribunal cuando reformó el auto de proceder contra Pérez y los demás en el sentido de llamarlos a juicio por asesinato y no por homicidio común como lo había hecho el Juez Guevara".

La calidad oficial del sindicado se halla establecida, con la copia del decreto de nombramiento (flio. 17) y de la diligencia de posesión respectiva (flio. 14 v.) y también con la certificación que obra en los autos, de que en la fecha a que se refiere la denuncia se encontraba en ejercicio de las funciones de Fiscal del Juzgado Superior de Ocaña.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal

Este funcionario después de trascribir la declaración del doctor Santiago Rizo Lobo, dice:

"Esta declaración unida a las de Clodomiro Alvarez, quien ocupaba el cargo de director de la Cárcel (flio. 12), Efraín Gutiérrez Patiño, sindicado de homicidio en Milet Amaya (flio. 12 v. y 20), y de los guardianes de la Cárcel del Circuito por la época en que estuvo detenido el citado Gutiérrez, señores Natividad Vargas (flios. 19 v. y 20), Rafaél Pérez N. (flo. 40), Luis Bermúdez Villamizar (fs. 40 v. y 41), Carmen Luis Caicedo Sánchez (flios. 41 y 41v.), Santiago Márquez Quintero (fs. 41 v. y 42) y José Palacio Manzano (flio. 45), demuestran que nada delictuoso ni irregular hubo en la actuación del funcionario sindicado, y que el cargo de cohecho que sobre él hizo recaer el doctor Guevara, carece de respaldo probatorio alguno, a pesar de haberse hecho todo lo posible por averiguar si existió realmente.

"Se trata de un simple rumor, que más parece informado en bajas pasiones, que en la verdad de de un hecho concreto".

Termina el señor Agente del Ministerio Público pidiendo la confirmación del sobreseimiento consultado.

Se considera:

La calidad oficial del funcionario sindicado, se halla establecida suficientemente con los documentos ya mencionados en esta providencia, de suerte que, la Corte es competente para conocer en segunda instancia sobre la legalidad del sobreseimiento definitivo consultado.

Las pruebas que se han relacionado, que son todas las que pudieron traerse al expediente, no acreditan en forma alguna que el funcionario sindicado hubiera cometido el delito de cohecho que se le imputa.

En efecto: Las declaraciones del doctor Santiago Rizo Lobo (flio. 9 v.) y de Efraín Gutiérrez Patiño (flio. 12), citados por el doctor Guevara en su indagatoria, están acordes en afirmar que nada saben ni nada han oído decir sobre que el doctor Lobelo Manjarrés, hubiera recibido la suma de quinientos pesos ($ 500.00) para que en su carácter de Fiscal del Juzgado Superior de Ocaña, se opusiera al otorgamiento de la libertad de los de-

tenidos por el homicidio de Milet Amaya.

Igual conclusión se desprende de las exposiciones de los empleados de la cárcel del Circuito de Ocaña, quienes por estar en contacto permanente con los detenidos, pudieron ser sabedores del hecho que es materia de la investigación.

El Tribunal Superior de Pamplona, al determinar la situación jurídica del procesado con base en la realidad procesal, encuentra que en el expediente, no obstante los esfuerzos que se hicieron para establecer el hecho que dió origen a la investigación, nada se logró demostrar que pueda dar fundamento para afirmar que aquél cometió el delito de cohecho que se carga a su cuenta. Ni aún siquiera, existe un principio de prueba que imponga la necesidad de continuar la investigación con la finalidad de allegar nuevos elementos de juicio.

Ni recibo indebido de dinero, dádivas o promesas remuneratorias por acto que el funcionario sindicado debía analizar en ejercicio de las funciones de su cargo, ni venta del mismo para ejecutar algo contrario a la ley o manifiestamente injusto, se ha demostrado en este proceso. Esto quiere decir, que los elementos que integran el delito de cohecho, se hallan ausentes de la investigación. El tráfico inmoral del funcionario que recibe paga por hacer o no hacer lo que es propio de las funciones de su cargo o para ejecutar algo contrario a las prescripciones legales o a la justicia, que serían los actos de corrupción que pudieran estructurarse en este negocio, no aparecen acreditados y en estas condiciones, el sobreseimiento definitivo que es materia de la consulta se acomoda a las prescripciones del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, porque no aparece que el hecho que dió lugar a la investigación se hubiera realizado, siendo el caso de confirmar la determinación del Tribunal Superior de Pamplona.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

JUICIO CONTRA UN ABOGADO POR FALTAS CONTRA LA MORAL PROFESIONAL

1.—Ni el art. 12 de la Ley 69 de 1945, ni el art. 1203 del C. J., ordena correr traslado al Ministerio Público, sino simplemente oírlo, términos que en derecho son distintos, porque en el primer caso, es necesario expresar en la diligencia de notificación, que los autos quedan por el término legal a disposición del notificado; y en el segundo, según el art. 325 del C. J., con la simple notificación personal, se cumple la formalidad de oír al Fiscal.

2.—Es sabido que quien formula un denuncio contra una persona, no puede hacer otra cosa que relatar los hechos básicos del ilícito; no puede calificar el delito o delitos que lleven consigo la comisión de esos hechos, ésta es una labor del juzgador; a él es a quien corresponde analizar uno a uno los hechos y los antecedentes, para concluír que el denunciado debe responder en juicio por la comisión de determinado delito. Si ésto es así, la Sala no vé cómo pueda considerarse que un abogado denunciante haya cometido faltas contra la moral profesional, por el simple hecho de concurrir a un Juez y relatar lo que en su concepto pueda estar sancionado por el Código Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre dieciseis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique)

El abogado Arturo Alvarez Molina, por escrito de 27 de octubre de 1951, ampliado y complementado por el de 2 de noviembre siguiente, y con fundamento en los Arts. 8 y 9 de la Ley 69 de 1945, presentó denuncia contra el abogado Jaime Rafael Pedraza, ante el Tribunal Superior de Ibagué, para que mediante el trámite señalado por el Art. 1203 del C. J., o sea el de juicio breve y sumario, se le impusieran al demandado las sanciones establecidas por el Art. 9º de la citada Ley 69.

Admitida la demanda por auto de fecha 8 del mismo mes de noviembre, se ordenó correr traslado al demandado, previo juramento del denunciante, según lo dispone el art. 12 de la misma Ley. Tal auto no ordenó correr traslado, ni oír al Ministerio Público, pero el Secretario del Tribunal, notificó al Fiscal, no sólo el auto admisorio de la demanda sino todos los dictados en el juicio, inclusive la sentencia apelada.

Antes de estudiar la parte resolutiva del fallo es procedente analizar el argumento presentado por el Procurador Delegado en lo Civil mediante el cual, pide la revocatoria de la sentencia. Afirma este funcionario, —y es cierto—, que el Tribunal no ordenó el traslado de la demanda al Agente del Ministerio Público, ni mandó que se le tuviera como parte; también afirma que todas las providencias dictadas en la primera instancia, se notificaron al Fiscal, menos la sentencia recurrida, afirmación errónea porque en el folio 28 vuelto, del Cuaderno Nº 1, se lee la diligencia de notificación de la sentencia hecha conjuntamente al Fiscal y al doctor Jaime Rafaél Pedraza.

El Art. 12 de la Ley 69 de 1945 dispone: "En estos juicios sumarios deberá oírse la voz del Ministerio Público y será obligatorio para la parte jurar la denuncia".

El Art. 1203 del C. J. dice: "En los asuntos judiciales en que el Juez, para resolver ha de hacerlo con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, se entiende que no debe acceder a lo que se le pide sino cuando estén probados los hechos en que se funda la solicitud, y se hayan cumplido además los requisitos que exige la Ley, como oír a los parientes o al Ministerio Público".

Como ambos preceptos son aplicables al caso de autos, debe examinarse si el Ministerio Público fué oído.

Ninguno de los dos textos ordena **correr traslado al Ministerio Público,** sino simplemente oírlo, términos que en derecho son distintos, porque en

el primer caso, es necesario expresar en la diligencia de notificación, que los autos quedan por el término legal a disposición del notificado; y en el segundo, según el Art. 325 del C. J., con la simple notificación personal, se cumple la formalidad de oír al Fiscal.

Es verdad, como antes se dijo, que el **Tribunal** no ordenó expresamente citar al Ministerio Público, pero también lo es, que el Secretario de dicha Entidad, tuvo el cuidado de notificarle personalmente todas y cada una de las providencias que se dictaron en la primera instancia, inclusive la sentencia que es materia del recurso; y siendo así, la Sala, no encuentra justificada la tacha que propone el señor Procurador, sino que estima que el Ministerio Público fué oído en la forma y términos prescritos por la Ley.

Rechazada la argumentación del señor Procurador Delegado, es preciso, de acuerdo con el abundante material probatorio llevado en la primera instancia del juicio, averiguar si están justificados los hechos de la demanda, y si esa justificación impone que se resuelvan favorablemente las súplicas de la misma.

Los hechos constitutivos de la falta de moral profesional que Arturo Alvarez Molina señala como básicos de su acción, contra Jaime Rafaél Pedraza son los siguientes:

1º—Que Pedraza en su propio nombre, presentó denuncio criminal ante el Inspector de Policía de Ibagué, contra el denunciante Alvarez Molina, por hechos contrarios a la seguridad rural, y en especial, por ser violatorios del Art. 22 de la Ley 4ª de 1943.

2º—Que el mismo denunciado Pedraza, presentó nuevo denuncio ante el Fiscal Segundo Superior, contra el denunciante Alvarez Molina, por el delito de falsedad en documentos.

3º—Que el mismo denunciado Pedraza, según Alvarez Molina, violó la reserva del sumario y faltó a un juramento, cuando presentó al Jefe de Seguridad de Ibagué, la copia de un auto dictado en el sumario adelantado contra Alvarez, y que cursa en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ibagué.

4º—Que el denunciado Pedraza se arrogó funciones de Juez Segundo en lo Penal de Ibagué, al pedir en su nombre al Jefe de Seguridad de la misma ciudad, la detención de Alvarez Molina.

Al estudiar el Tribunal todos y cada uno de los cargos, llegó a conclusiones distintas y contradictorias. Sobre los dos primeros, estimó que como no han sido fallados, o mejor, no se han resuelto en el fondo los denuncios que presentó el abogado Pedraza contra Alvarez Molina, no es posible en este proceso imponer sanción alguna, porque podría llegarse a soluciones contradictorias. En vista de ésto y teniendo en cuenta lo dispuesto por el Art. 11, inciso segundo del C. de P. P., suspendió el juicio en lo que hace a los dos primeros cargos y falló sobre los dos últimos.

A pesar del sinnúmero de pruebas practicadas en la primera instancia, no se conocen los denuncios formulados por Pedraza contra Alvarez Molina, ni se conocen tampoco los cargos que contra éste fueron formulados, para poder saber aun cuando fuera remotamente, si Pedraza faltó evidentemente a las reglas de moral y ética profesionales que le hagan acreedor de las penas señalaladas en el Art. 9º de la Ley 69 de 1945.

Es sabido que quien formula un denuncio contra una persona, no puede hacer otra cosa que relatar los hechos básicos del ilícito; no puede calificar el delito o delitos que lleven consigo la comisión de esos hechos, ésta es una labor del juzgador; a él es a quien corresponde analizar uno a uno los hechos y los antecedentes para concluír que el denunciado debe responder en juicio por la comisión de determinado delito. Si ésto es así, la Sala no vé, cómo pueda considerarse que un abogado denunciante haya cometido faltas contra la moral profesional, por el simple hecho de concurrir a un Juez, y relatar lo que en su concepto pueda estar sancionado por el Código Penal. Si a ésto se agrega que el abogado Alvarez Molina, en su escrito presentado el 27 de octubre de 1951, acepta que él por sí o por medio de sus agentes, en la tarde del 16 de junio del mismo año, arrancó las grapas o puntillas con que los Pedrazas remacharon el broche de cerradura del predio, se llega a la conclusión de que el hecho básico del denuncio, es cierto en cuanto al primer punto. En cuanto al segundo, en el mismo escrito citado, acepta Alvarez Molina a que la Inspección de Bosques le autorizó para rozar un rastrojo que poseía en calidad de dueño.

Es a los Jueces respectivos a quienes les corresponde definir si los hechos denunciados por Pedraza constituyen delito, o si por el contrario son lícitos; si lo primero, al denunciante no puede formulársele ningún cargo; si lo segundo, es decir, si a pesar de ser ciertos los hechos fundamentales no constituyen delito, tampoco puede formulársele cargo alguno por tratarse de una cuestión de simple criterio.

Definidos los dos primeros puntos, pasa a estu-

diarse el tercer cargo, o sea el relacionado con la violación de la reserva del sumario.

En el folio 19 del Cuaderno Nº 2, que relata lo ocurrido en la inspección ocular practicada el 1º de diciembre del año próximo pasado se lee lo siguiente:

"Auto de sustanciación. — Inspección Tercera Municipal.—Ibagué junio dieciseis de mil novecientos cincuenta y uno.—Remítase el anterior denuncio al señor Jefe de la Justicia Municipal para lo de su cargo. Ofíciese al señor Jefe de la Seguridad solicitándole la captura del sindicado para lo cual se oficiará oportunamente.—Cúmplase.—Efraim García B. Inspector.—Jorge G. Llano M. Secretario". Tal copia fué tomada del sumario contra el señor Arturo Alvarez Molina.

El denunciante y el Tribunal estiman, que el abogado Pedraza faltó a la reserva del sumario por haber presentado la copia del auto antes transcrito ante el señor Jefe de la Seguridad de Ibagué, para que le diera cumplimiento a dicha providencia. Al respecto dice el Tribunal:

"El hecho está plenamente demostrado con las pruebas atrás analizadas. El Secretario de la Seguridad le manifestó al doctor Alvarez Molina dicen los detectives, que se le había mandado capturar por existir orden de captura contra él, emanada del Juzgado Segundo del Circuito en lo Penal. Y es más: una vez libertado el doctor Alvarez, el demandado siguió insistiendo ante la Seguridad, para que se le repitiera la captura, como consta en su memorial de 19 de octubre, hasta el punto de que el doctor Casasfranco tuvo que pedir al Juzgado el oficio Nº 7394 tantas veces citado".

"Este sí es un acto notoriamente atentatorio de la moral profesional, porque a ciencia y paciencia y habilidosamene, el doctor Pedraza llevó a la Seguridad unas copias del proceso penal que no se le dieron con ese objeto, para hacer capturar a un colega, causándole todos los perjuicios que implica la detención, cuando el Juzgado que conocía del negocio, no estaba ejecutando esa captura, ni la iba a ejecutar. El doctor Pedraza como representante de la parte civil, sólo tenía derecho a ejecutar la acción civil dentro del proceso penal para el pago de los perjuicios como lo establece el Art. 112 del C. de P. P.".

La Corte no encuentra que el procedimiento del doctor Pedraza constituya un acto atentatorio de la moral profesional, porque, éste, interesado como estaba en que se castigara a su contendor por una falta que a su juicio constituía delito, era natural que procurara obtener el cumplimiento de un auto que quedó escrito, y que el Juez de la causa se negaba a cumplir. Por tal razón, el abogado Pedraza, después de obtener copia del auto de detención, la presentó al funcionario a quien se comisionó para llevarla a cabo. Si el Juez Segundo del Circuito en lo Penal de Ibagué, estimaba que no había mérito para detener al doctor Alvarez Molina, ha debido revocar dicho auto para evitar posteriores dificultades, tanto más cuanto que Pedraza, según los documentos que en copia figuran, insistía por medio de memoriales, que la detención se llevara a cumplido efecto.

El cumplimiento de un auto qúe decreta una detención, nunca puede ser violatorio de la reserva del sumario respectivo, porque la naturaleza misma de esos proveídos hacen que se conozca por quienes han de cumplirlos principalmente.

No es procedente, como lo hace el Tribunal, pasar copia de parte de la actuación a los jueces en lo penal para investigar un delito que no existe.

De acuerdo con lo visto, en ninguna parte del proceso se encuentra demostrado que Pedraza haya cometido acto alguno que sea notoriamente atentatorio de la moral profesional, porque al insistir ante las autoridades para que se cumpliera un auto que decretó una detención, no hizo sino usar de un derecho, ya que el Juez respectivo se negaba a cumplir con su deber.

Las precedentes consideraciones son bastantes para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar niega las súplicas de la demanda, por considerar que el denunciado no ha cometido faltas contra la moral profesional.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Rafael Ruiz Manrique—Luis Hernando Vargas, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

No hay necesidad de acreditar que se han experimentado perjuicios morales por la muerte de un hijo, porque deben presumirse, sin necesidad de prueba especial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia de 24 de abril del año pasado, declara que "el Departamento del Magdalena es civilmente responsable de la muerte del menor Samuel Enrique Ruiz Roa", ocurrida a consecuencia de haber sido arrollado por un vehículo de propiedad de dicho Departamento; condena al mismo Departamento a pagar a Dionisia Modesta Roa la suma de mil quinientos pesos, por concepto de perjuicios morales subjetivos; y absuelve a la mentada entidad "de las otras súplicas de la demanda".

Contra esa sentencia interpusieron el recurso de apelación las partes interesadas.

El apoderado de la señora Roa le pidió al Tribunal que hiciera dos declaraciones: que el Departamento es responsable de la muerte del menor nombrado, ocurrida en las circunstancias que anota; y que, como consecuencia, el Departamento debe pagar a la madre de dicho menor el valor de los perjuicios materiales y morales causados con su fallecimiento.

Los hechos que sirven de base a la demanda pueden relatarse sucintamente diciendo que en las horas del medio día del 22 de noviembre de 1949, venía por la carretera de Gaira a Santa Marta una volqueta, conducida por el chofer agente de la policía Humberto Briceño, a excesiva velocidad. Al llegar frente al establecimiento de la Maya, el conductor quiso frenar el vehículo, pero éste se salió de la vía y se volcó "arrollando al menor Samuel Enrique Ruiz, que transitaba por la calle, fuéra de la carretera", lo que le causó la muerte instantánea.

El Departamento era "propietario del vehículo causante de la desgracia" y el chofer que lo conducía era su empleado. Por ello la mentada entidad reconoció su responsabilidad civil y, al efecto, dictó la resolución número 476, de 30 de noviembre de 1949, en la que ordena pagar a la madre del niño la suma de quinientos pesos como indemnización, con la cual no se conforma.

Dionisia Modesta Roa es pobre, vive de su trabajo diario, y su hijo Samuel Enrique ayudaba a su sostenimiento con el salario que "devengaba como alfarero en un tendal de ladrillos". Además, ha sufrido y sigue sufriendo quebrantos de salud a causa de la pena ocasionada por la muerte del menor.

El apoderado del Departamento no contestó la demanda y hubo necesidad de requerirlo para que devolviera el expediente.

Debe, pues, resolverse lo que se estime legal, cumplida como está la tramitación de la segunda instancia.

Con el fin de establecer la responsabilidad que se alega debe averiguarse si está probado que el niño murió a consecuencia del atropello de que se dice fue víctima, si hubo culpa en el conductor de la volqueta y la dependencia del mismo respecto de la entidad departamental.

Consta en la partida de defunción, de origen civil, que el 22 de noviembre de 1949, a la edad de nueve años, y en el barrio de Manzanares, pereció el menor Samuel Enrique Ruiz Roa, a causa de un "accidente automoviliario" (f. 1 del c. 1).

El médico legista que examinó al menor cuando acababa de morir, pudo observar en el cadáver los "signos característicos de una fractura del cráneo", lo que le indujo a diagnosticar que "las lesiones le fueron causadas por un fuerte traumatismo, poco antes, a consecuencia de haber sido atropellado por una volqueta oficial" (f. 3 v. del c. 2).

Sobre que hubo culpa en el conductor de la volqueta declaran los testigos, en la forma que en seguida se verá:

Oscar Salas expresa que él fue nombrado perito por la Inspección de Circulación y Tránsito Departamental para que dictaminara sobre las causas y forma del accidente y que en cumplimiento de esa misión conceptuó "que el accidente se debió a exceso de velocidad" (f. 3 del c. 2).

Castelar Jaramillo dice que por vivir cerca del lugar en donde ocurrió el accidente se dio cuenta

cuando venía "a velocidad excesiva, como de Gaira a Santa Marta, la volqueta de la Policía Nacional" y que le "sorprendió y alarmó la velocidad exagerada que llevaba la volqueta". "A los pocos segundos —prosigue— sentí un ruido tremendo y me dí cuenta que la volqueta había chocado con el poste de la línea telefónica que queda próximo al establecimiento llamado La Maya y destruyó una parte de la cerca de la casa de una señora Flor Hernández. El vehículo se volcó y quedó con las ruedas hacia arriba. Yo ayudé a embarcar para que fueran llevados al hospital dos heridos, cuyos nombres no conozco y encontramos muerto allí mismo al menor Samuel Enrique Ruiz Roa, hijo de Víctor Ruiz" (f. 5 v. del c. 2).

Andrés Fontanilla dice que la volqueta iba de Santa Marta para la Gaira, en contra de lo que afirman todos los demás declarantes, pero es muy preciso en detalles sobre el accidente, que coinciden con lo expresado por los otros testigos, y lo que expone lo narra por haberlo visto, pues vive cerca del lugar: el accidente ocurrió como al medio día, el muchacho estaba recostado contra un poste comiéndose un "raspado o refresco", la camioneta que marchaba "con alguna velocidad", quedó "con las ruedas hacia arriba dentro de un solar de la señora Flor Hernández", y "el niño no estaba en la carretera sino fuéra de ella, como ya lo dije, al pie de un poste de madera de la energía eléctrica" (f. 6 ibidem).

Y, en fin, Juan Morales Pérez relata que en la fecha conocida venía una camioneta de la policía "a velocidad exagerada" y que primero atropelló un poste y después un niño, "fuéra de la carretera, en un sitio por donde no deben transitar vehículos, pues se encontraba al lado de un poste de la esquina frente de La Maya" (f. 9 ibidem).

Ahora, no queda duda de que la camioneta era o estaba al servicio de la Policía Nacional, División Magdalena, pues así lo aseguran todos los que figuran en el proceso. Pero que dependían, tanto el vehículo como su conductor, de las autoridades departamentales, se desprende claramente de la resolución número 476-bis, que se trajo con la demanda, y en la cual se expresa:

"El día 22 del presente un vehículo de la Comandancia de la Policía Nacional, División Magdalena, causó la muerte del niño Samuel Enrique Ruiz en el Barrio Manzanares de esta ciudad y que es justicia universal que el que infiera un daño debe indemnizarlo, en tal virtud se resuelve: Reconócese la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) distribuídos así: quinientos pesos ($ 500.00), a su padre señor Víctor M. Ruiz y quinientos pesos ($ 500.00), a su madre señora Dionisia Modesta Roa, por indemnización de la muerte del niño. Estos gastos se imputará (sic) al capítulo 17, artículo 52, del presupuesto de la actual vigencia. Dado en Santa Marta, a los 30 días del mes de noviembre de 1949.—Antonio Escobar Camargo, Gobernador.—Luis Carlos Martínez Robles, Subsecretario de Gobierno" (f. 2 del c. 1).

Esta resolución fue traída en copia con la demanda y, por tanto, puede estimarse su mérito, por formar parte del proceso (ord. 1º del artículo 597 del C. J.), que no es otro que el de plena prueba acerca de su contenido, como documento público auténtico, al tenor del artículo 632 del Código Judicial. Y ese contenido acusa la dependencia del conductor y su vehículo de las autoridades departamentales, como ya se dijo antes, pues que si así no hubiera sido, la Gobernación no hubiera resuelto indemnizar un daño para cumplir el precepto de justicia universal que tal cosa impone, como lo dice el mentado documento.

Debe, pues, ahora averiguarse cuáles fueron los perjuicios morales y materiales ocasionados con el hecho.

Sobre perjuicios morales no hay necesidad de acreditar que se han experimentado por la muerte de un hijo, porque deben presumirse, sin necesidad de prueba especial. La cuantía está bien determinada en dos mil pesos, dada la vinculación entre la demandante y la víctima. Pero como en auto para mejor proveer obtuvo la Sala el comprobante de que a la actora le cubrió el Departamento la suma de quinientos pesos que había decretado en su favor (f. 11 del c. 3), ha de descontarse esa suma de la condena, como lo hizo el fallo apelado.

Sobre perjuicios materiales dice el Tribunal, en la parte motiva de su providencia, que no pueden declararse como probados, porque de las declaraciones traídas al proceso "se llega a la conclusión de que quien recibía el dinero por el esfuerzo realizado por él (el menor) era su padre" y por ello "no es posible aceptar que él sostenía a su madre", a más de que los testigos no dicen "ni podían decirlo, qué suma entregaba el niño a su madre para su sostenimiento".

En efecto, Francisco Pereira afirma que Samuel Enrique ayudaba a su padre Víctor Ruiz en sus trabajos de alfarería, así como a su madre, mujer pobre, que no sabe cuánto ganaba y que el niño, como afectuoso que era con sus progenitores, "contribuía en parte al sostenimiento de su madre con

el fruto de su trabajo", pero que "el diario lo cogía era el padre" (f. 7 v. del c. 2).

Luis Carlos Granados, en cuya alfarería trabajaron tanto Víctor Ruiz, padre de Samuel Enrique, como éste, asegura que el menor trabajaba como alfarero tanto en su "tendal", como en el de Roberto Polidoro Rodríguez, y que el pago de su salario se lo entregaba él, Granados, a su padre Víctor Ruiz (f. 8 del c. 2).

Pero estas dos declaraciones recibidas en la primera instancia se complementan con las presentadas en la segunda, a saber, las de Gustavo Sumoza, Luis Rodríguez, Enrique Parejo, Elías Pulido Morales y Leonardo Villota (fls. 5 y siguientes del c. 4).

Sumoza afirma que el niño Samuel Enrique ganaba dos pesos diarios que le pagaba Polidoro Rodríguez, salario que llevaba a su casa "ayudando con éstos a la subsistencia de su madre", y que también le consta que trabajó con un sujeto de apellido Granados, datos que le constan por vivir cerca y que la madre del muchacho le manifestaba "el buen comportamiento de su hijo con ella".

Rodríguez también declara sobre el salario de dos pesos que devengaba el menor, "el cual entregaba a su madre", lo que le consta por ser vecino de la señora Roa y trabajar en el mismo "tendal" de Polidoro Rodríguez.

A Parejo le consta lo mismo, esto es, que el menor ganaba dos pesos y que se los llevaba a su madre, también es vecino de vivienda de la misma y varias veces le oyó ponderar a ésta lo bueno que con ella era el muchacho, pues "todo lo que ganaba" era "para ayudar al sustento de su casa".

En igual sentido declara Pulido Morales, es decir, que el muchacho ganaba dos pesos al día y que se los llevaba a su madre, lo que sabe por las relaciones de vecindad y por las referencias de la mujer.

Y, en fin, Villota tuvo que ir al tendal de Rodríguez con el fin de recoger datos para reclamar algunas prestaciones sociales en nombre del padre del muchacho y averiguando tales datos supo que el niño "devengaba un salario más o menos de dos pesos diarios" y que "dicho salario se los pasaba (sic) a su señora madre", quien por ser muy pobre recibía con ello "uno de sus principales medios de subsistencia", lo que sucedía también con lo que ganaba en el tendal de Luis Carlos Granados.

Hay, pues, base cierta para condenar al pago de los perjuicios materiales sufridos por la madre del menor. Pero como no se trajo la prueba de la supervivencia de la madre, que es la que debe tenerse en cuenta por ser la menor, como es forzoso suponerlo, deben calcularse estos perjuicios de acuerdo con el trámite señalado en el artículo 553 del Código Judicial, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes bases:

a) El salario de dos pesos diarios que hubiera podido devengar el menor durante el tiempo de la vida probable de la madre, tiempo de supervivencia que es necesario acreditar de acuerdo con tablas de vida de la Contraloría, o de la Compañía Colombiana de Seguros, según lo acostumbrado en estos casos;

b) Deducir una suma para gastos personales del menor, que se fija en un cuarenta por ciento de lo que devengaba;

c) Aplicar las Tablas de Garuffa, según lo establecido por esta Sala de la Corte.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que el Departamento del Magdalena es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a Dionisia Modesta Roa por la muerte de su hijo Samuel Enrique Ruiz Roa y lo condena a su resarcimiento.

Los perjuicios morales se fijan en la suma de dos mil pesos y los materiales se fijarán de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, conforme a lo dicho en la parte motiva de este fallo. De los primeros se descontará la cantidad de quinientos pesos, ya cubiertos a la actora, según constancia que obra en autos.

Queda así sustituída la sentencia apelada.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry. — Agustín Gómez Prada. Luis Rafael Robles. — Rafael Ruiz Manrique.—Luis Hernando Vargas V., Secretario.

OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Dentro de este juicio se condenó a la Nación a pagar al doctor Arturo Fabio Manotas, por sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha seis de julio de mil novecientos cincuenta y uno, el valor de dos lotes de terreno determinados así:

A) Un lote situado en el lugar llamado "La Loma", del área urbana de la ciudad de Barranquilla, con las siguientes medidas y linderos: "Al norte, predios de Miguel A. Bula y Rafaela Bula, y mide ciento treinta (130) metros; al sur, setenta y un (71) metros, y linda con el Canal del Centro; al este, trescientos veintidós (322) metros, y predio de María C. Bula de Palacio; y al oeste, en una línea que parte en dirección norte a sur, en una distancia de ciento noventa y siete (197) metros, linda con predio de Mercedes Bula, siguiendo la línea en dirección oeste a este en una distancia de ochenta (80) metros, y siguiendo la línea en dirección norte a sur, en una distancia de ciento veinticinco (125) metros, linda con predio de Genaro Pérez, que hacía parte del que se deja descrito"; y

B) Otro lote ubicado en el mismo sitio de "La Loma", el cual tiene una figura irregular de ocho lados, una cabida total de cuarenta mil cuatrocientos sesenta y ocho metros cuadrados, y las siguientes medidas laterales: "Por el primer lado norte, mide ciento cuarenta y siete (147) metros; por el segundo lado norte, mide sesenta y siete metros con setenta centímetros (167,70 mts.); por el tercer lado norte, mide doscientos noventa y un (291) metros; y por el cuarto lado norte, ciento seis (106) metros; por el este, mide noventa y tres (93) metros; por el mayor lado sur, mide trescientos setenta y ocho (378) metros; por el menor lado sur, mide ciento veintiocho (128) metros; y por el oeste, con el cual se cierra la figura, ciento cincuenta y un metros con ochenta y ocho centímetros (151,88 mts.); y linda: por todo el norte, con terrenos de sucesores de Pedro Antonio Roca o que fueron de ellos; por el sur, con el lote número dos (2) del plano general de los terrenos de la familia Bula, perteneciente tal lote a la señora Rafaela Bula; por el este, con el lote número seis (6) de los mismos terrenos, perteneciente a María C. Bula de Palacio; y por el oeste, con el Caño de Las Compañías".

En la misma sentencia de la Corte se expresó que, para fijar el monto de la indemnización que había de pagarse al demandante, debía procederse de acuerdo con lo previsto por el artículo 553 del C. J., y mediante dictamen de expertos o peritos, que debían tener en cuenta las siguientes bases:

"a) La cabida en metros del terreno por justipreciar;

"b) El avalúo catastral de otros predios de ubicación y naturaleza análogos a aquél, modificados de acuerdo con los índices diferenciales entre dicho avalúo y los precios comerciales; y

"c) El valor en que estimen valorizada la zona por concepto de las obras del Terminal, el cual deducirán para determinar la suma indemnizable".

Promovido después ante el Tribunal de Barranquilla el correspondiente incidente de liquidación, el demandante solicitó dentro de él, en el término de pruebas, que se practicase por peritos el avalúo de los terrenos, indicando (sic) como predios de ubicación y naturaleza análogas a los que debían justipreciarse, los siguientes: respecto del lote A), tres predios pertecientes, en su orden, a la Empresa Fluvial de Ciénaga, a Inversiones Industriales, S. A. y a Juan Martínez Martelo; y respecto del lote B), cinco predios de propiedad, también en su orden, de Elías M. Muvdi & Co. S. A., de Peláez Hermanos, Limitada, de Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A., de Roncallo Hermanos & Cía. y de la misma sociedad Cerceverías Barranquilla y Bolívar, S. A.

Decretada dicha prueba por el Tribunal, el señor Magistrado sustanciador se trasladó al lugar de los terrenos que debían avaluarse, los identificó en asocio de los peritos designados por las partes, doctores Luis Carlos Lascano y Pablo de la Cruz, y les mostró a éstos los predios de "ubicación y naturaleza análogas" indicados por el propio demandante, a fin de que rindieran su dictamen de acuerdo con

las bases señaladas por la Corte Suprema de Justicia.

Después los mencionados expertos presentaron al Tribunal su informe o avalúo, pero como no pudieron llegar a ningún acuerdo, intervino luego como tercero el doctor Isidro González M., quien asimismo presentó su dictamen, adhiriendo razonadamente al del perito Lascano.

LOTE *A*

En relación con este lote, los doctores Luis Carlos Lascano e Isidro González M. tomaron en cuenta para su dictamen el avalúo castastral de cinco predios aledaños, pues además de los tres indicados en su memorial de pruebas por la parte demandante, incluyeron también otros dos: uno del Instituto Nacional de Abastecimientos y otro de Industrias Plásticas, Limitada.

El perito Lascano, después de transcribir los pormenores de dichos predios, expresó en su informe:

"El promedio de cada metro cuadrado de terreno extraído de los cinco avalúos catastrales comprobados en el expediente, sobre inmuebles los más cercanos al lote que se trata de avaluar por orden de la Corte, ya que entre éste y aquéllos no se interpone ningún otro bien y sólo distan pocos metros de tal lote, debe ser objeto de una deducción del valor en que estimo valorizada la zona, proporcionalmente, para sacar el precio neto catastral de cada metro de terreno. Un veinticinco por ciento del valor catastral de cada metro según el promedio arriba establecido es una suma elevada para considerarla como la parte que a manera de valorización hay que deducirle el valor por metro, pues realmente es aventurado admitir que por las obras del Gobierno en el Terminal Fluvial se hubiera producido una valorización, ya que prácticamente los lotes fueron sacados del comercio por la ocupación oficial. No obstante lo dicho, voy a deducirle un veinticinco por ciento al valor promedio catastral, así: suma de los cinco avalúos catastrales comprendidos en el cuadro arriba hecho es: sesenta y cinco pesos con cuarenta y siete centavos moneda colombiana ($ 65.47). Dividida esta suma entre cinco que es el número de inmuebles avaluados catastralmente, da el resultado de trece pesos con nueve centavos moneda corriente ($ 13.09). A este resultado hay que deducirle un veinticinco por ciento a título de valorización, y da como valor neto de cada metro de terreno de los predios aledaños nueve pesos con ochenta y dos centavos moneda colombiana ($ 9.82). Ahora ya conocido el valor neto de cada metro cuadrado de terreno del lote a) del fallo, extraído según las instrucciones de la Corte Suprema de Justicia, multiplicado el valor por metro de nueve pesos con ochenta y dos centavos colombianos por la cabida del dicho lote a), o sea por treinta y tres mil trescientos setenta y dos metros diez centímetros cuadrados (33.372.10), operación que arroja un total de *trescientos veintisiete mil setecientos catorce pesos con dos centavos moneda colombiana* ($ 327.714.02). Esta suma es la que la Nación debe pagar al doctor Arturo Fabio Manotas por el lote a) de la parte resolutiva del fallo de la Corte de 6 de julio de 1951.

"Para tratar de acertar en la apreciación del lote mencionado, a través del valor catastral de los cinco lotes análogos que estudié y examiné a conciencia en la parte anterior, tomé como valor comercial de cada metro cuadrado de tales lotes semejantes el avalúo catastral dado por el gobierno nacional, por conducto del Instituto Geográfico, Militar y Catastral, avalúo que es el que rige en todas las relaciones del gobierno con los particulares, tanto para los impuestos como para cualquier otro asunto oficial. Apreciado por mí el valor del lote como lo he hecho con todo cuidado y a conciencia, no hay por qué modificar el avalúo catastral con los índices diferenciales a que se refirió el fallo, pues yo señalo como comercial el avalúo catastral.

"Los avalúos catastrales tomados por mí de predios de ubicación y naturaleza análogas a las del lote a) hacen parte del expediente, porque los certificados correspondientes de la Oficina Seccional de Catastro del Atlántico fueron introducidos oficialmente, unos junto con la liquidación y los otros posteriormente. No está demás advertir aquí que los cinco inmuebles de ubicación y naturaleza análogas al de que se trata no tienen diferencia entre ellos, porque no tienen pavimento y las vías públicas que los separan están en forma completamente original, con huecos, y sólo con los servicios públicos de que está dotada la ciudad. Estas consideraciones las he deducido por el examen e inspección que hice de tales bienes, los cuales conozco perfectamente". (Fs. 37 y 38 del cuaderno número 3).

A su vez el perito doctor González, después de referirse a las apreciaciones de sus colegas, conceptuó lo siguiente:

"Realmente, el avalúo dado por el perito Luis Carlos Lascano está de acuerdo con el fallo y voy a demostrarlo: los cinco lotes mencionados en el cuadro que arriba quedó formado tienen una ubicación y naturaleza análogas al lote A) del fallo, porque todos lo rodean, no tienen cuerpos intermedios

lindan con el caño de Los Tramposos, no tienen pavimento en las vías que los circundan y disfrutan de todos los servicios públicos de agua y luz, como el lote en avalúo, que tiene tales condiciones comunes con los cinco que he estudiado arriba, junto con el avalúo de Luis Carlos Lascano.

"En mi concepto, el avalúo dado a los bienes por el perito doctor Lascano es el avalúo comercial justo, porque concuerda con el avalúo catastral reajustado, que es el que regula todas las relaciones de las entidades oficiales con los particulares, especialmente cuando se trata de saber cuál es el valor que debe regir aún en materias impositivas. En consecuencia, doy como avalúo comercial de cada metro cuadrado del lote A) del fallo la suma de nueve pesos con ochenta y dos centavos moneda colombiana ($ 9.82), valor que está de acuerdo con la localización del lote expresado, el progreso urbano, la instalación de industrias en la zona respectiva del dicho lote, el transcurso del tiempo y la desvalorización de la moneda.

"Como avalúo comercial del lote total A), producto de multiplicar este valor unitario por la cabida del mismo lote, o sea por treinta y tres mil trescientos setenta y dos metros diez centímetros cuadrados (33.772.10), doy la suma resultante de trescientos veintisiete mil setecientos catorce pesos con dos centavos moneda colombiana ($ 327.714.02). En este caso adhiero, pues, al dictamen dado por el doctor Luis Carlos Lascano, sin apartarme de sus puntos de vista, ajustados a la sentencia de la Corte y a la realidad de los bienes de que se trata para su avalúo". (Fl. 52 del cuad. número 3).

LOTE B)

En cuanto a este segundo lote, los peritos coincidentes manifestaron que aunque había seis predios de "ubicación y naturaleza análogas", tomaban únicamente como base para su dictamen los tres de avalúo catastral más bajo, pertenecientes a Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A., dos de ellos, y el otro a Peláez Hermanos, Limitada.

Después de hecha la anterior aclaración, el perito Lascano continuó desarrollando su dictamen sobre el lote B), así:

"He tomado los tres inmuebles a que se refieren los avalúos catastrales determinados anteriormente porque los dos que tienen como propietarios las Cervecerías Barranquilla y Bolívar, S. A. dan frente para la antigua Avenida Hércules, hoy prolongación de la calle 34, cuya única separación entre tales dos inmuebles y el lote B), del fallo de la Corte, calle 34 en medio, es la pared que a lo largo del lindero oeste del susodicho lote B) construyó el Gobierno para servir de cerramiento entre la Avenida Hércules (antigua nomenclatura), hoy calle 34, y el lote B) tantas veces mencionado. Las condiciones aquí apuntadas de cercanía y casi colindancia establecen la (sic) analogía señalada por la Corte en cuanto a ubicación y naturaleza.

"Siguiendo el orden de explicaciones que traía en la parte anterior cuando quedó establecido el monto de los tres avalúos catastrales de los tres lotes más bajos, aledaños, es preciso sacar el promedio de tales avalúos catastrales, dividiendo la suma de ciento cincuenta y ocho pesos con ochenta y un centavos moneda corriente ($ 158.81) entre tres, da como resultado cincuenta y dos pesos con noventa y tres centavos colombianos ($ 52.93). A esta suma le deduzco el veinticinco por ciento, a manera de valorización estimada, como consecuencia de las obras del Gobierno, tal como lo hice para el lote A), ejecutadas en el Terminal Fluvial, veinticinco por ciento que es de trece pesos con veintitrés centavos colombianos ($ 13.23), de tal forma que queda el saldo neto de treinta y nueve pesos con setenta centavos colombianos ($ 39.70), valor que doy a cada metro cuadrado de terreno de los lotes comprendidos en el último cuadro. Es oportuno reproducir aquí las consideraciones que hice sobre valorización de la zona en el avalúo del lote A), pues no hay elementos que determinen realmente valorización por las obras nacionales allí ejecutadas, ya que el progreso de la ciudad, el transcurso del tiempo, el establecimiento de industrias en la zona, la construcción de grandes edificios en la vecindad del lote B) y la apertura de dos grandes vías urbanas (Avenida Olaya Herrera y Paseo Bolívar) fueron las bases para una legítima valorización.

"Para fijar el precio del metro cuadrado del lote B), siguiendo el procedimiento impuesto por la Corte y el que fue explicado arriba, es preciso darle el valor comercial que corresponde a cada metro cuadrado de terreno en los inmuebles a que se refiere el último cuadro, y como el precio comercial que yo le doy a cada metro cuadrado de los bienes aledaños y de ubicación análoga al que se avalúa es de treinta y nueve pesos con setenta centavos colombianos ($ 39.70), como viene expresado antes, yo avalúo cada metro cuadrado del lote B) en treinta y nueve pesos con setenta centavos moneda colombiana ($ 39.70). Avaluado como ha sido el metro cuadrado del lote B), sólo me resta para dar el avalúo total del mismo lote multiplicar tal valor por metro por la cabida del mismo inmueble, que es de

cuarenta mil cuatrocientos sesenta y ocho metros cuadrados, lo que da el producto de un millón seiscientos mil quinientos setenta y nueve pesos con sesenta centavos ($ 1.606.579.60), suma que doy como precio comercial del citado lote B), para el efecto de la diligencia pericial que aquí se cumple.

"En este caso del lote B) del fallo proferido por la Corte he procedido de manera igual a como procedí en el avalúo del lote A) arriba avaluado. El avalúo comercial que he dado aquí coincide con el avalúo catastral promedio, sin que haya por tanto índice diferencial entre la apreciación catastral y la apreciación comercial. Podría pensarse que estos dos avalúos comerciales de los lotes A) y B), por coincidir con los avalúos catastrales de los inmuebles tenidos en cuenta por su ubicación y naturaleza análogas a ellos, son bajos dados los factores que intervienen en estos casos para justificar una apreciación más elevada; pero no es así, porque precisamente he querido señalar un precio comercial que coincide con el avalúo catastral dado por el Instituto Geográfico, Militar y Catastral a bienes semejantes, para que se vea la justicia con que he procedido a cumplir mi encargo, reajustando los precios comerciales que he dado aquí, y los cuales son iguales a los avalúos del catastro". (Fs. 39 a 40 del cuad. número 3).

Por su parte el perito Isidro González M., en un todo de acuerdo con la precedente apreciación o estimación del doctor Lascano, concluyó así su dictamen:

"Como el avalúo dado por el perito Luis Carlos Lascano al lote B) del fallo se funda en las bases señaladas como obligatorias por la Corte y además en los avalúos catastrales que hacen parte del expediente, teniendo en cuenta, como se ha tenido, la cercanía de los inmuebles indicados en el cuadro de los seis bienes al lote que se avalúa, su analogía en la ubicación y naturaleza, constatadas por mí al examinar todos los bienes que han sido estudiados cuidadosamente en la diligencia que practiqué, doy también como avalúo comercial del lote B) del fallo la suma de un millón seiscientos seis mil quinientos setenta y nueve pesos con sesenta centavos moneda colombiana ($ 1.606.579.60), punto en el cual adhiero al dictamen del señor Lascano, tal como lo he explicado en la parte anterior de este dictamen". (Fs. 53 v. a 54 v. del cuad. número 3).

Resumen

Como resultado de su apreciación o estudio, los peritos Lascano y González concretaron en la siguiente forma el avalúo total que se les había encomendado:

Avalúo del lote A) del fallo de la Corte ..... $	327.714.02
Avalúo del lote B) del fallo de la Corte	1.606.579.60
Suma total..... $	1.934.293.62

Al ponerse en conocimiento de las partes los dictámenes periciales, el señor Fiscal del Tribunal de Barranquilla objetó por *error grave* los presentados por los doctores Luis Carlos Lascano e Isidro González M., empezando por anotar que se partió "de la base equivocada de que los predios de naturaleza y situación análoga a los que se van a avaluar están ya determinados en el expediente por medio de los certificados de catastro acompañados al memorial de pruebas por los doctores Manotas, cuando este punto importantísimo era materia de estudio de los peritos especializados que fueron designados al efecto", y concretando luego así su objeción:

"En el presente caso... los peritos señores Lascano y González han incurrido en error grave de notoria trascendencia en la secuela (sic) del juicio, porque han procedido sobre bases erradas, fuéra de la realidad procesal que se contempla en el negocio, desde luego que para rendir el correspondiente experticio han partido de la base de que la Nación ocupó los terrenos del señor Manotas estando éstos rellenados, cuando es evidente que la ocupación se verificó sobre zonas cubiertas por las aguas, en las cuales a costas del ocupante se realizaron las correspondientes obras de relleno que pusieran los terrenos ocupados en condiciones de ser utilizados. El olvido de este punto por los señores peritos incidió en forma notoria sobre el dictamen y los llevó a incurrir, no obstante sus reconocidas capacidades, en ostensible error grave al rendir el experticio. Al dejar de tomar en consideración este hecho, como era su deber, según se ha visto..., viciaron el dictamen y procede la objeción que con todo respeto me permito formular, por cuanto dejaron de tener en cuenta elementos necesarios al rendirlo. "Los peritos señores Lascano y González han dado como valor promedio del metro cuadrado para el predio A) la suma de $ 9.82 moneda legal y para el predio B) la de $ 39.70 moneda legal, para lo cual se permiten tener en cuenta el avalúo catastral de algunos terrenos contiguos a los que son materia de avalúo, pero olvidando con notoria ligereza que los tales terrenos que les sirven de referencia se encuen-

tran rellenados por obras realizadas por sus dueños y que las construcciones que allí se levantan fueron construídas también por sus ocupantes. El fallo de la Corte prevé que los peritos al rendir su dictamen deberían tener en cuenta el avalúo catastral de otros *predios de ubicación y naturaleza análogos* y ninguna analogía existe entre el ocupado por la Nación y los que les sirven de referencia, por las razones que se dejan anotadas, con lo cual los expertos abandonaron las bases distinguidas en los apartes B) y C) del fallo de la Corte. Si la Nación hubiese ocupado los terrenos del señor Manotas en condiciones semejantes a las en que hoy se encuentran los terrenos aledaños, posiblemente el avalúo tendría motivo para respetar su fundamentación. Pero, se repite, no es éste el caso del negocio que ahora se encuentra bajo vuestra ponencia y equivaldría a un enriquecimiento torticero el hecho de que la Nación se viera obligada a pagar como rellenado por su dueño un terreno que para la época de la ocupación era una zona inhóspita y cubierta por las aguas.

"Es incuestionable, y así lo prevé la sentencia que sirve de base a este incidente, que los peritos deberían tener en cuenta, para deducirlo, el valor del relleno por cuanto ello entra en el concepto de valorización previsto por el fallo de la Corte. Todo el mundo en Barranquilla sabe, y en su oportunidad se llevará la prueba correspondiente a los autos, que el precio por metro cuadrado en el sector en donde se encuentran los terrenos avaluados varía notablemente según que se encuentre o no rellenado (sic), y los peritos quieren poner a la Nación en condición de pagar al señor Manotas, como terrenos rellenados, zonas que para la época de la ocupación no habían recibido de su dueño obra alguna que pudiera ponerlos en condiciones de ser comerciales".

Dentro del incidente a que dieron origen las precitadas objeciones, se llegaron a practicar algunas pruebas solicitadas por el representante de la Nación, entre otras un nuevo dictamen pericial sobre los hechos afirmados al proponerlas.

Con lo cual, concluídos los trámites de rigor para estos casos, el Tribunal de Barranquilla desató el incidente por medio de auto de seis de junio del presente año, en el sentido de declarar infundadas las objeciones hechas por el señor Fiscal al dictamen de los peritos Luis Carlos Lascano e Isidro González M.

A esta decisión se llgó con base en las siguientes apreciaciones:

"Al avaluar cada lote los peritos deben tener en cuenta, dijo la Corte en su fallo, la cabida total de los lotes por justipreciar, como primera condición, y al leer el dictamen del perito doctor Lascano se observa que esta prescripción de la Corte fue tenida en cuenta por dicho perito al señalar éste la suma total que la Nación debe pagarle al propietario de ambos lotes, hechas las deducciones legales.

"Cuánto a las otras prescripciones del fallo para el avalúo de los lotes, el perito doctor Lascano tuvo en cuenta el valor catastral de los terrenos colindantes de la misma naturaleza y ubicación de los por justipreciar, o sean los de propiedad de Elías Muvdi & C.o S. A., Peláez Hermanos, Limitada, Cervecerías Barranquilla y Bolívar, Empresa Fluvial de Ciénaga, Inversiones Industriales, S. A., Juan Martínez Martelo, el cual aparece de los certificados visibles a los folios 3, 4, 5, 6, 7 y 8 del cuaderno de prueabs.

"El precio neto de cada metro cuadrado lo fijó el perito doctor Lascano deduciendo del valor promedio catastral de los terrenos de naturaleza y ubicación análoga a los por justipreciar un veinticinco por ciento, en que él estimó la valorización que se ha operado en los terrenos materia del avalúo. Tuvo en cuenta, además, el perito para fijar el precio del metro cuadrado, el valor catastral y el comercial de los mismos. En su labor el perito hizo apreciaciones, sentó bases y sacó luego las obligadas conclusiones. No puede afirmarse, pues, que hubo en aquella labor falta de lógica. Los factores que tuvo en cuenta el perito eran los que debía tener, los que señaló la Corte en su fallo, vistos y apreciados por él a la luz de sus conocimientos y experiencia profesionales.

"En el incidente que ahora se resuelve, el señor Fiscal presentó algunas pruebas para sostener sus objeciones, entre ellas una inspección ocular. Pero ni el resultado de esta diligencia, ni las otras pruebas pedidas por el señor Fiscal, llegan a demostrar la invalidez del dictamen pericial suscrito por el perito doctor Lascano por causa de error grave.

"Que la Nación tuvo que rellenar los terrenos que ocupó, que los dueños de los terrenos aledaños a los que ocupó la Nación tuvieron también que hacer rellenos en los suyos? Bien puede ser ello así, pero todo esto queda comprendido en el factor valorización que, como se ha visto, fue tenido en cuenta por los peritos Lascano y González Medina al hacer las deducciones para fijar el precio neto de cada metro cuadrado. Además, los peritos, como lo advierte el apoderado del doctor Manotas, no podían apartarse de la orden de la Corte, ni podían

crear cosas independientes de las obras que expresamente señaló la parte motiva del fallo.

"Sobre el relleno de los terrenos a que se refiere el señor Fiscal, hay que decir que los peritos Noguera y Montealegre dicen en su dictamen que no hay señales de que el lote a) hubiera sido rellenado, nunca, y que en el lote b) sí hay señales de haber sido él rellenado, pero de vieja data.

"A juicio del Tribunal, el error no existe, pues el dictamen del perito Lascano, al cual adhirió González Medina, se ciñe a las indicaciones de la Corte y a los demás datos que aparecen en la actuación".

De la providencia en cuestión se concedió el recurso de alzada al señor Fiscal del Tribunal, por cuyo motivo conoce ahora del asunto esta Sala de la Corte, donde el señor Procurador Delegado en lo Civil ha sustentado la apelación en los siguientes términos:

"De los hechos expuestos por el señor Fiscal para sustentar su objeción de error grave al dictamen pericial recojo uno. Refiriéndose a la base b) de fijación del precio impuesta por la Corte, dice el señor Agente del Ministerio Público: 'el perito señor Lascano (al cual adhirió el perito tercero doctor González M.) parte de la base equivocada de que los predios de naturaleza y ubicación análoga a los que se van a avaluar están ya determinados en el expediente por medio de los certificados de catastro acompañados al memorial de pruebas por los doctores Manotas, cuando ese punto importantísimo era materia de estudio de los peritos especializados que fueron designados al efecto'.

"Ahora bien: para que sirvieran de término de referencia con el lote a) de que habla la Corte en su sentencia, el demandante señaló tres predios: 1º Empresa Fluvial de Ciénaga; 2º Terreno de Inversiones Industriales, S. A.; y 3º Terreno de Juan Martínez Martelo (C. 3º de la ejecución del fallo, flos. 11 y 11 v). El Magistrado inspector señaló estos mismos tres predios a los señores peritos para el mismo efecto. (C. citado, fls. 16 v.).

"Haciendo concesiones en la crítica a la conducta observada por el señor Magistrado inspector, pudiera pensarse en que él se convenció de que esos tres predios sí guardan las relaciones de unidad de ubicación, y de naturaleza análoga, con el lote a) del señor Manotas. Por eso puede explicarse que impusiera a los peritos el deber de considerarlos al avaluar tal lote, aunque no dejara constancia en el acta de los motivos de su convencimiento.

"En todo caso, los peritos no podían salirse de esa base propuesta por el demandante y transmitida por el Magistrado. Sín embargo, el perito doctor Lascano, designado por el demandante, y el perito tercero, doctor González M., tuvieron en cuenta, comparativamente con el lote a), a más de los dichos tres fundos, estos otros dos: uno del Instituto Nacional de Abastecimientos y otro de Industrias Plásticas, Limitada. (C. 3º citado, fls. 35 y 52). El valor del metro cuadrado del terreno del INA es de $ 10.00. El valor del metro cuadrado del predio de Industrias Plásticas, Limitada es de $ 16.34.

"Promediando el valor de los *cinco* lotes tenidos en cuenta por los peritos y deduciendo el 25% de valorización por las obras del Terminal, obtienen ellos un valor unitario de $ 9.82 (sic). Cuando si se hubieran atenido a lo pedido por el demandante y transmitido por el Magistrado, es decir a los *tres lotes* citados, únicamente, ese valor unitario, hechas las mismas operaciones aritméticas, apenas hubiera alcanzado a la suma de $ 8.65. Tal exceso en tomarse elementos de juicio que no les fueron indicados, comporta en los peritos un error grave pericial que cuesta a la Nación la no despreciable cantidad de $ 39.044.36.

"No puedo pasar sin observación el hecho de que en el incidente de objeciones por error grave, la parte demandante se preocupó por establecer testimonialmente que el lote a) está rodeado por los fundos de la Empresa Fluvial de Ciénaga, de Inversiones Industriales S. A. y de Juan Martínez Martelo, de los cuales tan sólo está separado por la vía pública, según los deponentes. Esto lo declaran uniformemente los señores Miguel Vergara Palacios, Luis Carlos Abello, José G. Alzamora, Roberto de Castro y Clímaco Conde Galofre. (C. 2º de dicho incidente, fls. 3 a 7). Pero a los doctores Manotas jamás se les pasó por la mente obtener iguales testimonios respecto de los terrenos de Industrias Plásticas, Ltda. y del INA. Lo que hace ver claramente que estos dos últimos fundos no están en las mismas condiciones que los tres primeros".

Para resolver, teniendo en cuenta además la réplica del apoderado de la parte actora,

Se considera:

Entre los motivos de error grave imputados por el señor Fiscal del Tribunal al dictamen de los peritos Lascano y González, no figura el hecho de que éstos tomaran en cuenta los predios de Industrias Plásticas, Limitada y del Instituto Nacional de Abastecimientos, para el avalúo del lote a). Al contrario, el señor Fiscal manifestó expresamente, en su memorial de objeciones, que la determinación

de los predios análogos "era materia de los peritos especializados", que no tenían por qué ceñirse a este respecto a las indicaciones dadas por el demandante y aceptadas por el Tribunal.

En tales condiciones, salta a la vista la improcedencia de lo alegado ante la Corte por el señor Procurador Delegado en lo Civil, cuando razona sobre hechos distintos de los que fueron materia de las objeciones de error grave. Sin embargo, es de advertir que, a juicio de esta Sala, eran precisamente los peritos quienes debían apreciar o determinar los "predios de ubicación y naturaleza análogas", tanto por tratarse de una cuestión propia de su especial capacidad y experiencia, cuanto porque así se dispuso en el fallo de la Corte.

De esta suerte, se entra ahora a examinar las objeciones del señor Fiscal del Tribunal, siguiendo el orden de los hechos sustanciales anotados por él como causa o motivo de error grave.

Entre las bases dadas en la sentencia de 6 de julio de 1951, se estableció claramente que los peritos, para rendir su dictamen sobre el valor de los terrenos del demandante, debían tener en cuenta el avalúo catastral de otros predios de ubicación y naturaleza análogas, "modificado de acuerdo con los índices diferenciales entre dicho avalúo y los precios comerciales". Pero en ninguna parte del referido fallo se dijo que los expertos habrían de remontarse al estado de aquellos terrenos cuando fueron ocupados por la Nación, para buscar o determinar los predios de condiciones similares; por el contrario, desde el momento en que se ordenó descontar la valorización proveniente de las obras del Terminal, era porque en este concepto debían incluírse los rellenos o mejoras de los lotes. Es de anotarse, con todo, que sobre este punto los peritos Raúl Noguera Dávila y Alfonso Montealegre M., en dictamen rendido dentro del incidente de objeciones, a solicitud del señor Fiscal del Tribunal, conceptuaron que el lote A) del demandante no ofrecía señales de haber sido rellenado, agregando que sólo en el momento de sus observaciones estaban echándole "camionadas de escombros". Y en cuanto al lote B), si bien dichos peritos estimaron que había sido rellenado, le dieron como valor a tal relleno un veinte por ciento del precio de cada metro cuadrado, porcentaje inferior al de la valorización deducida en el dictamen o avalúo objetado.

Ahora bien, y desde otro punto de vista: ¿será cierto, como lo afirma en su memorial de objeciones el señor Fiscal del Tribunal, que los terrenos vecinos o contiguos que sirvieron de base para el avalúo de los peritos Lascano y González, no son de naturaleza o condición análoga, en cada caso, a los que debían justipreciarse?

En realidad, no se ha dicho ni puede decirse que los mencionados peritos dejaran de estudiar las condiciones de esos predios aledaños, desde luego que en sus dictámenes aparecen las razones por las cuales, mediante un análisis comparativo de factores, encontraron la similitud o semejanza prevista por el fallo de la Corte, que fue lo que los llevó a servirse de ellos para su avalúo

Mas en todo caso, las pruebas aportadas a este incidente no respaldan las afirmaciones del señor Fiscal, acerca de que los predios colindantes o vecinos no guardan relación con los que fueron avaluados, porque aquéllos "se encuentran rellenados por obras realizadas por sus dueños"; y ello porque en dictamen rendido a petición del propio objetante, dos de los expertos conceptúan en sentido contrario a tales afirmaciones.

El perito Raúl Noguera Dávila dice textualmente, en efecto:

"Los lotes adyacentes a este lote A), pertenecientes a la Empresa Fluvial de Ciénaga, Inversiones Industriales S. A. (Investra), Juan Martínez Martelo, INA y de Industrias Plásticas no han sido rellenados tampoco por la Nación... Los predios adyacentes a este lote B) no hay señales (sic) de haber sido rellenados y pertenecen a Cervecerías Barranquilla y Bolívar, a Roncallo Hermanos, a Elías M. Muvdi & Co., Peláez Hermanos" (fs. 31 a 32 del cuaderno número 1 de pruebas de las objeciones).

Y el perito Alfonso Montealegre M., también sobre el mismo punto en referencia, se expresa en los siguientes términos: "Como se pregunta por el representante de la Nación si los terrenos adyacentes están rellenados, tengo que decir que los bienes que rodean el lote A), de propiedad ellos de una entidad llamada Inversiones Industriales, otro del INA, otro de la Empresa Fluvial de Ciénaga, otro de un señor Martínez Martelo, tampoco han sido rellenados, en todo o en parte... En los predios adyacentes del lote B), según lo ha preguntado el Fiscal, y que pertenecen a las Cervecerías Barranquilla y Bolívar, Peláez Hermanos, Elías M. Muvdi, Roncallo Hermanos tampoco hay rellenos, ni obras del Gobierno como es obvio entenderlo" (fls. 47 a 49 del mismo cuaderno número 1, sobre pruebas de las objeciones).

Por todo lo cual, para la Sala resulta ineludible la conclusión de que no se ha demostrado, respecto del dictamen o avalúo de los peritos Lascano y González, la objeción de error grave propuesta por el señor Fiscal del Tribunal de Barranquilla.

Y sin más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA la providencia apelada en este negocio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Luis Hernando Vargas, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS — LA ACTUACION QUE UNO O VARIOS COMUNEROS LLEVEN A CABO EN JUICIO Y EN FAVOR DE LA COMUNIDAD BENEFICIA A TODOS LOS COPROPIETARIOS

Los actores le dan poder al abogado demandante en su condición de comuneros y para que pida que se declare el dominio a favor de "la comunidad del terreno de Quintanilla", o que pertenece el terreno a "sus comuneros", o que obtenga las tierras "para la comunidad de propietarios". De lo cual debe concluírse que la actuación de los demandantes beneficia a todos los comuneros. Así lo ha sostenido la Corte en no pocas providencias.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de 13 de febrero del año pasado, resolvió no hacer "la declaración formulada en la demanda" y, como consecuencia, absolver a la Nación o Estado Colombiano.

El apoderado de la parte actora apeló de dicha sentencia y ya se llevaron a cabo las actuaciones de la segunda instancia.

La demanda. El doctor Alejo Solano Manotas, en su propio nombre como comunero, y como apoderado de Aurelio Rodríguez, Arturo Almeida, Víctor Vilbao, Francisco de P. Solano, Joaquín, Ana T., Miguel A. y Nicolás Manotas, Nicolás Solano Manotas y Antonio José Solano, pidió al Tribunal que declarara lo siguiente:

"Que la comunidad del globo de terreno nombrado **Quintanilla,** actualmente en jurisdicción del municipio de Sabanalarga" es propietaria de dicho terreno "en su suelo, subsuelo, los petróleos y sus derivados" que en este último se encuentren por haber salido del dominio del Estado en el año de 1784, y por haberlo adquirido por prescripción, mediante explotación económica del suelo.

Dicen los hechos de la demanda que a doña Petrona Agustina de Guardo se le dió la propiedad del terreno de Quintanilla, en el año de 1784, por composición y después de demostrada la posesión y de pagado el precio, de conformidad con los mandatos de la Real Cédula de San Idelfonso.

También adquirió la señora de Guardo el terreno de Quintanilla por prescripción, pues lo habían poseído antes sus abuelos y su hermano don Gaspar y luégo ella, por largo tiempo explotándolo económicamente.

Los comuneros de la comunidad de Quintanilla adquirieron la propiedad de dicho terreno, sobre el cual han ejercido siempre la posesión efectiva a que sólo dá derecho el dominio.

La comunidad de Quintanilla es propietaria del terreno a título de herencia y de compraventa y, además, por prescripción ordinaria y extraordinaria, pues lo posee hace más de cuarenta años.

El inmueble salió del patrimonio del Estado en el año de 1784 y no ha vuelto a él por ninguna causa, pues si la Nación adquirió los bienes de la corona española, una vez declarada la independencia, aquél había salido de su haber con anterioridad.

El terreno de Quintanilla está comprendido en la propuesta de contrato presentada por la Compañía de Petróleo La Esmeralda de Colombia, registrada en el Ministerio de Minas y Petróleos bajo el número 134, por resolución de 13 de junio de 1944.

Contestación de la demanda.—El Fiscal del Tribunal contestó la demanda diciendo que se negara la petición hecha en ella y se absolviera a la Nación, "porque los terrenos a que se refiere el libelo no han salido del patrimonio nacional".

A los hechos contestó diciendo que unos no le constaban, que otros no eran exactos y, en resumidas cuentas, que "los terrenos de Quintanilla son de propiedad nacional", pues no es cierto que "sean de propiedad particular".

La sentencia admite que las tierras de Quintanilla salieron del Estado en el año de 1784, por adjudicación hecha a doña Petrona Agustina de Guardo, de suerte que cuando el Estado hizo la

reserva del subsuelo, tales predios eran de propiedad particular.

Acepta, además, el Tribunal, que el globo de tierra, materia del juicio, fué identificado por los linderos que indican los títulos presentados, lo cual se hizo en la diligencia de inspección ocular que se realizó en la instancia.

Pero como la parte actora no trajo al proceso el certificado del registrador de instrumentos públicos y privados de que habla el artículo 7° de la ley 160 de 1936, "la acción intentada no puede prosperar", por falta de pruebas necesarias.

Debe ahora resolverse lo que se estime legal, teniendo presentes las pruebas practicadas en las dos instancias. Para ello y, siguiendo el orden que trae el alegato del señor Procurador, deben hacerse las consideraciones pertinentes sobre la determinación del predio, sobre el título emanado del Estado y sobre el título actual de dominio, a lo cual se procede en seguida.

Determinación del predio de Quintanilla.—En la escritura número 76 de 1895, en la que, a nombre de doña Petrona Agustina de Guardo se hizo la solicitud de composición sobre seis caballerías de tierras, formuladas ante el Juez Privativo de Tierras, se lee esta descripción:

"Suplico a V. S. se sirva concederme propiedad sobre las dhas. tierras contiguas que lindan con las del Mamón que posee D. Juan Nicolás Rodríguez. de Aguilar corriendo pr. dha. Loma, a las que nombran Quintanilla hasta coger la Loma que nombran Salado y de aquí (ilegible... sando a culebra hasta coger la Palma cortada de la qual pas (ilegible) a Palmarito hasta coger la Loma de Palogrande, y de este a venir hasta Mamón que son los quatro frentes que comprehenderán como seis cavallerías que estoy pronta a la composición necesaria como a la firme justificación de mi posesión" (fs. 4 del c. 2).

En la primera instancia se practicó una diligencia de inspección ocular, el 16 de mayo de 1949, en asocio de peritos, y en ella se identificaron los puntos de "Loma de Palogrande", Mamón y su Loma", "Loma de Salado", pasando por la "Loma de Quintanilla", "Loma del Salado", "Loma de Palogrande", pasando por "Culebra" hasta llegar a "Palma Cortada" y pasando por "Palmarito" se llegó nuevamente a la "Loma de Palogrande", pero los peritos no expresaron su concepto (f. 20 del c. 4).

En la segunda instancia se pidó el concepto de los peritos sobre aquella diligencia, el cual rindieron haciendo el relato del recorrido que hicieron reconociendo los puntos aludidos en el anterior aparte, "que constituyen —como dice el señor Procurador— los linderos arcifinios del globo de tierra reclamado según el título colonial aducido por la parte actora", y que identifican los expertos "según aparece de los títulos que allí se tuvieron presentes", como lo explican.

Y concluyen su dictamen diciendo:

"...el terreno de Quintanilla está comprendido en toda su extensión en la concesión de la Compañía de Petróleos La Esmeralda de Colombia, afirmación que hacemos —dicen— por percepción directa que de ello tuvimos al visitar el terreno, por la confrontación de los puntos de la Concesión y los linderos del terreno de Quintanilla, por el estudio de un mapa del Departamento del Atlántico y por el pequeño plano que hemos hecho y que acompañamos (lo cual no hicieron, anota la Sala). Se puede concluír, y así concluímos, diciendo que la concesión hecha a la Compañía de Petróleo La Esmeralda de Colombia comprende, en toda su extensión, el terreno de Quintanilla, dicha concesión está superpuesta al terreno de Quintanilla" (f. 16 del c. 8).

Anota la Procuraduría que los técnicos no expresaron cuáles eran las medidas del predio, lo cual no había pedido el apoderado de los actores, pero que la determinación de un inmueble, según doctrina de esta Sala, puede también hacerse "fijando los límites o términos que la separan de otra y otras áreas contiguas". Por ello concluye que "al cumplir los expertos su misión, comprobaron la correspondencia exacta de los límites fijados al fundo Quintanilla en el título colonial que obra en autos... con los establecidos en los títulos actuales de dominio, según puede verse al confrontar tales instrumentos.

"Si, pues, en el acta de inspección ocular como en el dictamen pericial aludidos, se identificaron sobre el terreno los linderos que encierran el área de las seis caballerías pedidas en composición por la señora de Guardo, y atendida, además, la circunstancia de que tales linderos son puntos arcifinios, la Procuraduría concluye aceptando como bien determinada la superficie del predio en cuestión".

La Sala admite las anteriores conclusiones, por estar ajustadas a la realidad y, en consecuencia, estima que el terreno materia del pleito se halla debidamente determinado.

El título emanado del Estado. Como ya se dijo, en el expediente puede leerse la copia de la escritura número 76 de 1895, debidamente registrada, que contiene el título colonial de las tierras de Quintanilla (fls. 3 y siguientes del c. 2).

De acuerdo con tal documento, levantada la información testimonial para comprobar la posesión que alegaba la solicitante, hecho el avalúo de las tierras y oído el concepto del Fiscal, el Juez Subdelegado admitió la composición, la que, una vez pagado el precio, fué confirmada por el Gobernador y los oficiales reales de acuerdo con los preceptos legales vigentes.

En efecto, en providencia de 21 de julio de 1784, se dice:

"...con reflexión al mérito que suministra la ynformación dada por Dª Petrona Guardo, y al espíritu de lo prevendº en la Rl. Cédula dada en Sn-Ildefonso a dos de agosto del año próximo pasado de ochenta **se confirma la composición** hecha por Juzgado de trras. en Dectº del Diez del corrte y satisfaciendo por esta gracia el servicio pecuniario de dos ps, se debolverá el expediente con el acostumbrado oficio" (f. 8 v. del c. 2).

Y, por último se expidió el título, el 31 de julio de 1784 en Cartagena, así:

"Por tanto; usando de la Rl. Facultad que me está subdelegada por el Excmo. Sr. Virrey de este Reyno doy por compuestas las seis cavallerías de Trras. contenida en estos autos en favor de la citada Dª Agustina Petrona de Guardo con dro, de propiedad para sí y sus herederos y sucesores... Para todo lo cual mandé librar y libro el presente sellado con mis armas, firmado y refrendado del infrascrito assno. de este Juzgado" (fls. 9 y 10 del c. 2).

El señor Procurador opina que, a la luz de la legislación colonial vigente entonces, que aceptaba la validez de las composiciones siempre que, respecto de ellas, se obtuviese la debida confirmación, existe el título originario del Estado, anterior a la fecha en que se decretó en favor de la Nación la reserva del subsuelo petrolífero.

También acepta la Sala la conclusión de que se viene hablando, por estar de acuerdo con la realidad y los preceptos legales.

Título actual de dominio.—Visto queda que a la señora Agustina Petrona de Guardo se le adjudicaron por las autoridades competentes las seis caballerías de tierra de que trata la escritura número 76 de 1895. Debe ahora hacerse la relación de títulos actuales de dominio que se trajeron al expediente, debidamente registrados, para lo cual se procurará seguir en lo posible el orden cronológico.

1—En la escritura n. 305, de 30 de abril de 1912, otorgada en la Notaría de Cartagena, se protocolizaron varios documentos, así: una hijuela del juicio de sucesión de Bernardo Grao, correspondiente a Candelaria Carrillo de Grao, a quien se le adjudicaron tres caballerías de las tierras de Quintanilla; otra hijuela de Salvador Grao, a quien se le adjudicaron las otras tres; un documento, de 20 de mayo de 1871, en el que Candelaria viuda de Grao manifiesta que vendió dos caballerías de tierra, en 1868, a Nicolás y Rafaél Manotas, y otra en 1870; la hijuela a favor de Mónica Cabarcas viuda de Grao, a quien se le adjudicaron tres caballerías de tierra en el juicio de sucesión de Salvador Grao (f. 39 del c. 2).

2.—Por escritura número 1, de 30 de diciembre de 1868, Candelaria Carrillo v. de Grao les vendió a **Nicolás Manotas** y **Rafaél Manotas** dos caballerías de tierra de Quintanilla, de las tres que le adjudicaron en la sucesión de Bernardo Grao (f. 1 del c. 2).

3.—Por escritura número 123, de 2 de septiembre de 1899, Adelina Gómez de Manotas, viuda de Rafaél Manotas, le vendió a N. Manotas y compañía, la mitad de una caballería de tierras de Quintanilla (f. 66 del c. 2).

4.—En la escritura número 64, de 27 de julio de 1915, se contienen las hijuelas expedidas a los señores **Carmen Manotas de Solano** y **Francisco de Paula Manotas,** en el juicio de sucesión de Nicolás Manotas, por medio de las cuales se les adjudicó, a cada uno, el valor de una caballería de dos cuarterones y de la mitad de otro cuarterón de caballería, en los predios de Quintanilla (fls. 21 del c. 2 y 53 del c. 4).

5.—Por escritura número 54, de 11 de diciembre de 1915, Nicanor Manotas les vendió a **Antonio Almeida O., Francisco Almeida O., José María Almeida O.,** y **Manuel Antonio Roa,** una caballería de tierra de Quintanilla (f. 26 del c. 2).

6º—Por escritura número 5, de 15 de enero de 1916, Nicolás Manotas le vendió a **José Antonio Orozco** media caballería de tierra de Quintanilla (fl. 30, del c. 2).

7.—La escritura sin número, de 1º de febrero de 1916, contiene la hijuela de **Nicanor Manotas,** en el juicio de sucesión de Nicolás Manotas, en la cual se le adjudican el valor de una caballería y de dos cuarterones y de la mitad de otro cuarteron de caballería de las tierras de Quintanilla (f. 51 v. del c. 2).

8.—Por escritura número 3, de la Notaría de Manatí, de 11 de diciembre de 1917, Nicolás Manotas le vendió a **Víctor Vilbao** medio cuarterón de caballería de tierra de la caballería y dos cuarterones de la mitad de otro cuarterón de caballería del globo de Quintanilla (f. 1. del c. 4).

9.—Por escritura número 3, de 26 de febrero de

1918, Nicolás Manotas "le vendió a **José O. Sanjuan C.** medio cuarterón de caballería de tierra y dos cuarterones y de la mitad de otro cuarterón de caballería (f. 3 del c. 4).

10.—Por escritura número 193, de 4 de octubre de 1918, Celso Solano, Nicanor Manotas y Francisco de Paula Manotas declaran ser los dueños, por partes iguales, de media caballería de Quintanilla (f. 65 del c. 2).

11.—Por escritura número 166, de 18 de octubre de 1919, Nicolás Manotas V. le vendió a **Celso Solano M.** un cuarterón de caballería de tierra denominada Quintanilla (f. 35 del c. 2).

12.—La escritura número 31 de 7 de abril de 1922, contiene las hijuelas de **José Rosalia, Eloisa, María Cecilia** y **Asunción Sanjuan,** por medio de las cuales se les adjudicó a cada uno la quinta parte del valor de un cuarterón de caballería en el juicio de sucesión de José O. Sanjuán C. (f. 5 del c. 4).

13.—Por escritura número 73, de 27 de julio de 1922, Nicolás Manotas V. le vendió a **Miguel Antonio, Joaquín María, Nicolás T.** y **Ana Teresa Manotas,** doscientos treinta y siete cabuyas de tierra de Quintanilla (f. 56 del c. 4).

14.—Por escritura número 2519, de 19 de noviembre de 1924, Celso Solano Manotas le vendió a **Antonio José Solano** caballería y media y la cuarta parte de otra caballería en los terrenos de Quintanilla (f. 39 del c. 4).

15.—Por escritura número 1509, de 18 de septiembre de 1925, Néstor A. Cepeda le vendió a **Alejo Solano M.** la tercera parte de media caballería de las tierras de Quintanilla (f. 70 v. del c. 2).

16.—Por escritura número 164, de 3 de octubre de 1935, Celso Solano M. le vendió al doctor **Alejo Solano** la sexta parte de una caballería de tierra de Quintanilla (f. 68 del c. 2).

17.—Por escritura número 41, de 24 de mayo de 1926, Antonio Almeida O. y José María Almeida O., le vendieron a **Emeteria Orozco v. de Almeida** el potrero de Quintanilla (f. 73 del c. 2).

18.—Por escritura número 38, de 13 de noviembre de 1926, Enrique, Lácides y José R. Sanjuan, Dionisio Nájera y Asunción Sanjuán de Nájera, Pedro Vizcaíno y María Cecilia Sanjuan de Vizcaíno, le vendieron a **Sebastián M. Alcalá C.** las cuatro quintas partes del medio cuarterón en los terrenos de Quintanilla (f. 48 del c. 4).

19.—Por escritura número 11, de 16 de febrero de 1929, José Rosalía, Lácides, Asunción y María Cecilia Sanjuan le vendieron a **Sebastián M. Alcalá** las cuatro quintas partes de medio cuarterón de caballería de Quintanilla (f. 46 del c. 4).

20.—Por escritura número 151, de 18 de octubre de 1929, Jorge E. Solano y Nicolás Solano M. le vendieron al doctor **Alejo Solano M.** la cuarta parte del derecho que a cada uno le correspondía en el terreno de Quintanilla (f. 78 del c. 2).

21.—Por escritura número 93 de 22 de junio de 1930, Jorge E. Solano M. le vendió a **Alejo Solano M.** veinticinco cabuyas o hectáreas en el globo de Quintanilla y veinticinco cabuyas o hectáreas en el potrero El Ahuyamal, que está comprendido en Quintanilla (f. 81 del c. 2).

22.—Por escritura número 132, de 28 de marzo de 1932, se protocolizó la hijuela de **María de los Santos Ariza** en el juicio de sucesión de José Antonio Orozco y se le adjudicó media caballería de tierras en los predios de Quintanilla (f. 29 del c. 4).

23.—Por escritura número 34, de 31 de julio de 1935, María de los Santos Ariza v. de Orozco le vendió a **Aurelio Rodríguez Utria** media caballería de tierra en los predios de Quintanilla (f. 83 del c. 2).

24.—Por escritura número 51, de 23 de julio de 1942, Emeteria O. v. de Almeida le vendió a **Arturo Almeida Baguet** el potrero denominado Quintanilla, constante de tres cuartos de caballería (f. 87 del c. 2).

25.—En fin, por escritura número 976, de 18 de abril de 1947, se constituyó la comunidad de Quintanilla, en la cual figuran todos los interesados en este juicio (f. 16 del c. 4).

Según esto, los demandantes con excepción de Francisco de P. Solano y Nicolás Solano, trajeron títulos de propiedad, así:

Alejo Solano Manotas: a) por escritura número 1509, de 18 de septiembre de 1925, adquirió un tercio de media caballería de tierras de Quintanilla;

b) Por escritura número 164, de 3 de octubre de 1925, adquirió la sexta parte de una caballería;

c) Por escritura número 151, de 18 de octubre de 1929, adquirió un cuarto de los derechos de Jorge E. Solano y de Nicolás Solano; y

d) Por escritura número 93, de 22 de junio de 1930, adquirió veinticinco cabuyas o hectáreas en Quintanilla y veinticinco cabuyas o hectáreas en el Ahuyamal, que también forma parte de Quintanilla.

Aurelio Rodríguez: por escritura número 34, de 31 de julio de 1935, adquirió la mitad de una caballería de Quintanilla.

Arturo Almeida: por escritura número 51, de 23 de julio de 1942, adquirió tres cuartos de caballería, o sea, el potrero llamado de Quintanilla.

Víctor Vilbao: por escritura número 3, de 11 de diciembre de 1917, adquirió medio cuarterón de caballería y dos cuarterones de la mitad de otro cuarterón de caballerías de tierras de Quintanilla.

Joaquín, Ana T. y Miguel A. Manotas: por escritura número 73, de 24 de julio de 1922, adquirieron 257 cabuyas y media de tierras de Quintanilla.

Nicolás Manotas: a) por escritura número 1, de 30 de diciembre de 1868, adquirió caballería y media de tierras de Quintanilla;

b) Por escritura número 73, de 27 de julio de 1922, adquirió, con los anteriores (Miguel A., Ana T. y Joaquín Manotas) 257½ cabuyas de tierra de Quintanilla.

Antonio José Solano: Por escritura número 2519, de 19 de noviembre de 1924, adquirió caballería y media y la cuarta parte de otra caballería en terrenos de Quintanilla.

Sobre el certificado del Registrador, dice el señor Procurador:

"Para acreditar la suficiencia de la titulación actual los actores trajeron a los autos el certificado Nº 119 expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Sabanalarga a los nueve días del mes de octubre de 1951 y adicionado el día 10 del mismo mes y año.

"En los primeros diez y seis puntos de esa pieza y en los apartes a) y b) de la adición se relaciona una cadena de títulos que se inicia en 1915 con la escritura número 64, la cual "contiene la cartilla de hijuela expedida a la señora Carmen Manotas de Solano, extraída del juicio de sucesión del señor Nicolás Solano, en donde se le adjudicó entre otros bienes el siguiente: el valor de una caballería y de dos cuarterones y de la mitad de otro cuarterón de caballería de las seis caballerías que componen el globo de Quintanilla, situado en la jurisdicción de Sabanalarga y Manatí, globo que tiene según lo indican sus títulos los linderos siguientes: El Mamón y su Loma, de aquí a Pajar de Conejo, de aquí a Palogrande y su Loma o Ceibas Coloradas; de aquí a Palmas Cortadas y su Palmarito; de aquí a Rodeo de Culebra, de aquí a Loma de Salao o Salado y de aquí al Mamón y su Loma...".

"A continuación de la anterior, se sigue relacionando, entre otras, las siguientes escrituras públicas debidamente registradas, según allí se expresa: a) Escritura Nº 2519 de 1924 pasada en la Notaría Segunda de Barranquilla, mediante la cual el señor Celso Solano Manotas vende al doctor Antonio J. Solano caballería y media y la cuarta parte de otra caballería en los terrenos de Quintanilla;

b) Escritura Nº 132 de 1926 extendida en la Notaría de Sabanalarga, por la cual el señor Antonio José Solano vende a los señores Alejo, Francisco, Jorge, Gustavo y Nicolás Solano M., las cuatro sextas partes de una caballería y las cuatro sextas partes de tres cuartos de caballería en el terreno llamado Quintanilla;

c) Escritura Nº 34 otorgada en la Notaría de San Estanislao el 31 de julio de 1935 mediante la cual la señora María de los Santos Ariza viuda de Orozco vende al señor Aurelio Rodríguez media caballería de tierra en el terreno denominado Quintanilla;

d) Escritura Nº 3 (no se expresa el día ni el año) registrada el 11 de diciembre de 1917 por medio de la cual el señor Nicolás Manotas vendió al señor Víctor Vilbao medio cuarterón de caballería de tierra de las seis caballerías que componen el globo de Quintanilla;

e) Escritura Nº 51 corrida en la Notaría de San Estanislao el 23 de julio de 1942, a virtud de la cual la señora Emeteria O. vda. de Almeida en su propio nombre y en el de sus herederos y sucesores vende a su nieto legítimo Arturo Almeida Baguet tres cuatros de caballería en el potrero de Quintanilla;

f) Escritura Nº 166 de 1919 pasada en la Notaría de Sabanalarga por la cual Nicolás Solano vende a Celso Solano M. un cuarterón de caballería de tierra en Quintanilla;

g) Escritura Nº 73 de 1922 extendida en la Notaría de Sabanalarga por medio de la cual el señor Nicolás Manotas V. vende a los señores Miguel A., Joaquín M., Nicolás T., y Ana T. entre otros bienes doscientas treinta y siete cabuyas y media de tierra en las conocidas con el nombre de Quintanilla.

"En el aparte c) de la adición se pone de presente que las ventas verificadas por los señores Solano Manotas tienen su origen en las escrituras Nº 64 de 1915 y Nº 2519 de 1924, ambas competentemente registradas.

"Allí mismo y en el numeral 17 del certificado se hace constar que los registros relacionados en él, aparecen vigentes y no existe prueba de haber sido cancelados por alguno de los medios de que trata el art. 789 del C. C.

"En esta forma, a juicio de la Procuraduría, queda bien acreditada la suficiencia de la titula-

ción actual aducida por los demandantes, en los términos del art. 635 del C. J. en armonía con el art. 7° de la ley 160 de 1936".

En tales condiciones y, como también lo expresa la Procuraduría, no hay necesidad de entrar al examen de si se ha cumplido la prescripción por explotación económica del suelo, en atención al hecho de haber aceptado la validez del título colonial que adujeron los actores en orden a demostrar su propiedad particular sobre el petróleo subyacente en el fundo materia de este juicio.

Para terminar deben hacerse las siguientes observaciones:

Primera, que los actores le dan poder al abogado demandante en su condición de comuneros y para que pida que se declare el dominio a favor de "la comunidad del terreno de Quintanilla", o que pertenece el terreno a "sus comuneros", o que obtengan las tierras "para la comunidad de propietarios". De lo cual debe concluírse que la actuación de los demandantes beneficia a todos los comuneros. Así lo ha sostenido la Corte en no pocas providencias, de las cuales apenas se toman las siguientes doctrinas:

"Es una verdad incontrovertible en derecho la de que el comunero posee la cosa común en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí, sino también por sus condueños: hay una especie de solidaridad entre los comuneros respecto de la posesión y sus efectos. Esta doctrina se desprende rectamente del artículo 2525 del Código Civil, corroborada por el artículo 943, en conexión con los artículos 2523 y 2524 del Código Civil" (Casación de 29 de agosto de 1925. G. J. tomo XXXI, página 321).

"Así como un comunero puede defender o reivindicar un bien de la comunidad de lo cual reporta beneficio toda ella, sin que los comuneros participen del perjuicio de que pudiera ser objeto el comunero que representa por sí, del mismo modo el comunero puede actuar en todo aquello que traiga beneficio a dicha comunidad por cualquier concepto que lo haga. Si así no fuera, podría suceder que por no poderse reclamar por ninguno de los comuneros la cosa común, pudiera desaparecer en perjuicio de todos" (Casación de 26 de julio de 1919, G. J. Tomo XXVII, página 254).

"Si bien es cierto que los copropietarios de una cosa indivisa no se representan unos a otros, ni tampoco a la comunidad, sin ambargo, cuando uno de ellos ha litigado para esta última sobre un derecho indivisible, la sentencia favorable aprovecha a la comunidad, pero la desfavorable no afecta los derechos de ésta o de los otros condueños si no la aceptan" (Casación de 29 de marzo de 1922, G. J. Tomo XXIX, página 151).

Segunda, debe anotarse también que la Sala declarará únicamente la propiedad privada de los petróleos, ya porque esta clase de juicios fueron instituídos con esa finalidad exclusiva, ya porque el término de subsuelo resulta manifiestamente indeterminado, puesto que ni siquiera se indicaron los minerales que habían de considerarse comprendidos en tal denominación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, revoca la sentencia apelada y en su lugar declara:

Que por haber salido del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873 el globo de terreno de Quintanilla, son de propiedad privada los petróleos que se encuentren en dicho terreno, entre cuyos copropietarios figuran las personas que se dejan nombradas en la última parte de este fallo. Los linderos del mencionado terreno son los siguientes:

"Partiendo del punto conocido con el nombre del Mamón y su Loma, se pasa al punto conocido con el nombre de Quintanilla, hasta llegar a la Loma que nombran Salado y aquí, pasando por el punto que se denomina Culebra, hasta llegar a Palma Cortada y pasando por su Palmarito a llegar a la Loma de Palogrande, y de aquí a volver al Mamón y su Loma, que es el punto de partida".

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Luis Hernando Vargas V., Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN OCUPACIONES POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS, CUANDO ESAS OCUPACIONES TIENEN EL CARACTER DE DEFINITIVAS — LA INCERTIDUMBRE EN LAS ACCIONES DE MERA DECLARACION

1.—Como lo dijo la Corte en sentencia de 23 de mayo de 1951: "...la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

2.—El inmueble de la demanda forma parte de los terrenos de "La Loma", destinados por el Gobierno, a título de baldíos, para las obras del puerto local de Barranquilla; de donde necesariamente se deduce el interés del demandante para la declaración de dominio por él solicitada, pues a todas luces se advierte que la Nación partió de la base de que tales terrenos le pertenecían.

La incertidumbre en las acciones de mera declaración —dice Chiovenda— "debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho EXTERIOR OBJETIVO que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de terceros: el hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho, o haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor...".

3.—"Piensa la Sala que la destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo ni título de adquirir el dominio de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible.

"Además, la circunstancia de que por razones de interés general no pueda ordenarse la restitución o entrega del bien al demandante, no quiere decir que no se halle consagrada en la ley civil la acción correspondiente para obtener el pago de su valor, acción que también se halla dentro del título de la reivindicación y que la Sala ha declarado viable en casos similares" (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, julio 15 de 1952).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Antonio José Pantoja, en su carácter de apoderado de la sociedad comercial "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada", demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de Barranquilla solicitando que, con audiencia del señor Fiscal de la corporación y previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se hiciesen las declaraciones y condenas que a continuación pasan a resumirse:

Primera.—Que es de propiedad de la entidad comercial denominada "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada" un lote de terreno situado en el lugar llamado "La Loma", del área urbana de la ciudad de Barranquilla, el cual tiene tres hectáreas, cuatro mil quinientos sesenta y cinco diez milésimos de hectárea (3 h. 4.565) de superficie, queda en la banda Norte del Canal del Centro o Caño de los Tramposos, entre el río Magdalena y el Caño de La Tablaza, y linda así: "Por el Norte, en línea quebrada constante de dos partes con predio de los sucesores de Pedro Antonio Roca; al Sur, con el Canal de Los Tramposos; por el Este, u Oriente, en línea quebrada constante de

dos partes con predios de José Antonio Bula O. y herederos de Gabriel Martínez Aparicio, y por el Oeste, en línea quebrada constante de tres partes con predio de H. Lindemeyer y Compañía, en dos de dichas partes y con predio de María C. Bula de Palacio en la parte restante".

Segunda.—Que la Nación, actual poseedora del lote antes descrito, debe restituír a los señores "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada", la porción de dicho lote "de la cual no ha hecho uso todavía el Gobierno Nacional para el servicio de las obras del Terminal Marítimo y Fluvial del puerto local de Barranquilla, por la situación y linderos que se demuestren en el juicio".

Tercera.—Que la Nación debe pagar en dinero a los demandantes "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada", la parte o porción del predio mencionado que el Gobierno ocupó con Obras del Terminal Marítimo y Fluvial del puerto local de Barranquilla.

Como fundamento de las cinco peticiones del libelo, ahora resumidas en su esencia, la parte actora expresó los hechos que a continuación se sintetizan:

a) La sociedad "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada", adquirió el lote demandado de los señores Roberto Noguera, Gustavo E. Noguera y de las señoras Rosa Isabel Noguera de Gómez y Tulia Mercedes Noguera de Valenzuela, según consta en la escritura número 107 de 22 de enero de 1940, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla (hecho 1º).

b) Las citadas personas adquirieron dicho lote por adjudicación que se les hizo en la liquidación de la sociedad "A. Noguera y Compañía", la que a su vez lo obtuvo por compra hecha al señor Aníbal S. Bula, todo lo cual consta, respectivamente, en las escrituras números 106 de 22 de enero de 1940 de la Notaría Primera de Barranquilla y 480 de 26 de febrero de 1927 de la Notaría Segunda de la misma ciudad (hechos 2º y 3º).

c) Las demás tradiciones de dominio constan en certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla acompañado a la demanda (hecho 3º, ord. d).

ch) El predio de que se trata fué objeto de tradiciones de dominio con anterioridad a la vigencia de la ley 200 de 1936, "por un lapso mayor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria" (hecho 4º).

d) Dicho predio fué explotado económicamente por sus dueños quienes lo poseyeron siempre pacíficamente (hechos 4º y 7º).

e) De acuerdo con el Decreto Ejecutivo Nº 2210 de 22 de diciembre de 1932, el Gobierno Nacional destinó para las obras del Terminal Fluvial del puerto local de Barranquilla los terrenos baldíos que se encontraren en la zona llamada "La Loma", comprendida por los siguientes linderos: "Por el Norte, con el río Magdalena; por el Sur, con el caño denominado Los Tramposos; por el Este, con el río Magdalena y por el Oeste, el caño denominado Las Compañías (hecho 8º).

f) Dentro de esta zona de "La Loma" se encuentra el lote de terreno de propiedad de "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada", parte del cual se destinó por el Gobierno para el servicio de las Obras del Terminal Fluvial (hechos 8º y 9º).

El actor acompañó a la demanda varios documentos y alegó en derecho la ley 200 de 1936 y algunas disposiciones del Código Civil.

De la expresada demanda se dió traslado al señor Fiscal 1º del Tribunal, quien al contestarla se opuso a las declaraciones solicitadas proponiendo, al propio tiempo, como excepciones perentorias, "la de carencia de acción, petición indebida y la genérica de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación, o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Abierto a pruebas el negocio, se practicaron algunas a petición de la parte demandante y, una vez agotado el procedimiento, se dió fin a la primera instancia en fallo de 26 de noviembre de 1946, que resolvió.

"1ª—Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el representante de la Nación al contestar la demanda; y,

"2ª—No se hacen las declaraciones principales y subsidiarias ni la condena consecuencia suplicadas por el actor en su demanda contra la Nación que ha dado ocasión a este juicio".

En dicho fallo se expusieron, para llegar a la precedente decisión, las razones que seguidamente se transcriben:

"Se observa que no hay correspondencia entre el título adquisitivo de la sociedad "A. Noguera y Compañía" y el título adquisitivo de la entidad demandante "A. Noguera y Compañía Sucesores Limitada", anotando la Sala esta diferencia: que por el Este y Norte según la escritura 480 debe colindar con el resto del lote que adquirió H. Lindemeyer por escritura número 690 de 12 de abril de 1922, pasada en la Notaría Segunda, lo que no es así por cuanto la escritura 107, de 22 de enero de 1940, pasada en la Notaría Primera de

Barranquilla, dice que por el lado oriental colinda con los lotes ocho y nueve.

"Se trata de una confusión o imprecisión de linderos entre la escritura 480 y la escritura 107, que es la que demuestra la adquisición del resto del lote por parte de la sociedad demandante, y como el plano de que hace mérito una de las escrituras (la 480) no se ha traído a los autos, ni se ha practicado la inspección ocular para identificar materialmente el terreno de acuerdo con los títulos que lo informan, el actor no ha demostrado esos extremos tan importantes para la prosperidad de sus acciones.

"No basta que haya traído el cúmulo de títulos inscritos que demuestran la tradición de los lotes de terreno adquiridos por don Manuel María Bula, que unidos constituyeron un solo lote demarcado en la escritura de protocolización del juicio de sucesión doble de aquél y de la señora Victoria O. de Bula, número 519, de 17 de junio de 1915, pasada en la Notaría Segunda, y que posteriormente dividieron los herederos en lotes, de lo cuales le tocó el número siete al heredero Aníbal Segundo Bula O., quien lo enajenó: una parte a H. Lindemayer y el resto, o sea la otra parte, a la sociedad "A. Noguera y Compañía" ya extinguida, porque si bien es cierto que todos los títulos registrados tienen valor probatorio pleno en lo que ellos expresan de conformidad con el artículo 630 del Código Judical por cuanto están autorizados por el funcionario encargado del protocolo y con las notas de haber sido registrados en la forma debida, la irregularidad anotada por la Sala en lo referente al lote número siete le resta valor legal para la declaración de dominio sobre un bien cuya individualización no está claramente establecida con los títulos que tratan de determinarlo, o sean las escrituras número 480, de 26 de febrero de 1927, de la Notaría Segunda; número 106 y número 107, ambas de 22 de enero de 1940, pasadas en la Notaría Primera.

"....

"Del mismo reparo hecho a la acción declarativa de dominio adolece la acción reivindicatoria contra la Nación por cuanto sin determinación inconfundible del cuerpo cierto no se puede afirmar que el demandado lo posea siquiera en parte, tanto más si la parte actora con la escritura pública número 1388, de 4 de noviembre de 1913, pasada en la Notaría Primera de Barranquilla, debidamente registrada, que aportó a los autos, ha quedado comprobado que la Nación por cesión que le hicieran los herederos de Manuel María Bula de unos diez mil metros cuadrados en el globo de terreno que el causante compró a Nicolás Urrego por escritura número 173, de 10 de julio de 1891, pasada en la Notaría Segunda de Barranquilla, ha quedado demostrado que la Nación, caso que por el título de la ley no lo fuera, sí es propietaria privada de un lote en el mismo globo de tierra antes de su parcelación (Véase aquella escritura a página 11 y 12 del cuaderno principal)".

Apelada la sentencia en cuestión por la parte demandante, se ha surtido ya la tramitación correspondiente a la segunda instancia, durante la cual se practicaron algunas pruebas y alegaron oportunamente los interesados.

En tales condiciones, la Sala procede a resolver lo que en derecho corresponda.

La competencia

Como el señor Procurador Delegado en lo Civil invoca y reproduce en su alegato las razones que expuso en el juicio seguido contra la Nación por la señora Sara Isabel Roca de Cepeda, tendientes a demostrar que la justicia ordinaria carece de competencia para ordenar el pago de zonas incorporadas por la administración a obras del Terminal Fluvial de Barranquilla, estima la Corte que sobre este particular basta con transcribir algunas doctrinas sentadas en casos similares, como lo hizo en el referido juicio.

En fallo de 23 de mayo de 1951 se expresó así la Corte:

"Dice el artículo 76 del Código Judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...', entre las cuales indudablemente están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (artículo 33, ord. 2º; art. 52, ord. 7º; y Capítulo XXII del Código de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones rela-

cionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

"En efcto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante **sentencia judicial e indemnización previa.** Y el artículo 33 estatuye que en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al **orden judicial**...'; agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que debe conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir **a fortiori cuando** tales formalidades se han omitido' (Curso Elemental de lo Contencioso Administrativo, pág. 163)".

Posteriormente, en fallo de 4 de agosto de 1951, esta Sala de la Corte luégo de transcribir los anteriores apartes, agregó lo siguiente en desarrollo de las tesis allí expuestas:

"De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una **simple reparación de daños** producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una **ocupación** que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realizan, resulta ser **de índole puramente transitoria o temporal**; pero que son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que idefinda o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio. Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (art. 955 del C. C.), antes que de una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla.

"Se comprende así cómo, limitado en esta forma el alcance de la acción administrativa en el particular, la prescripción bienal de que habla el artículo 263 de la expresada ley 167 de 1941 no puede entenderse sino para las que, de acuerdo con lo expresado anteriormente resultan ser de la competencia contencioso-administrativa; y cómo también respecto de las que ante ella se promuevan por concepto de simples ocupaciones temporales, el término de dicha prescripción no puede comenzar desde que 'se verifica la ocupación', como podría pensarse a la luz del segundo supuesto consignado en tal artículo, sino desde la fecha misma en que la ocupación termina, o sea 'dentro de los dos años de ocurrido el daño', según lo prevenido antes por este mismo precepto. La prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, y de que conoce la justicia ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles establecidas por el derecho privado" (GACETA JUDICIAL. Tomo LXX, números 2103-2104, págs. 289 a 300).

Por último, en fallo de 10 de junio del presente año, insistió la Sala de Negocios Generales sobre

esta misma tesis, con razones adicionales, en respuesta a algunos reparos de la Procuraduría.

Otras alegaciones del Procurador

El señor Agente del Ministero Público, considerando que la acción declarativa de dominio es improcedente, expresa así su concepto sobre las cuestiones de fondo en este negocio:

"No sobra observar que la declaratoria de pertenencia, impetrada como presupuesto común de las perseguidas condenas a la restitución de la finca y al pago indemnizatorio, es improcedente porque las acciones declarativas tan sólo caben cuando es preciso dar certeza a un derecho que no se ostenta con clara titularidad, principalmente ante terceros, y cuando la parte que es sujeto de él teme fundadamente que ese derecho pueda ser vulnerado o desconocido por la persona a quien demanda... Pero en el presente caso, la razón de ser de la súplica de pertenencia no aparece por ningún lado, ya que quien reivindica y aspira a ser indemnizado por un hecho que ya consumó la Administración, lo hace sobre la base de tener un derecho cierto e indiscutible de dominio en la finca relacionada, que estima amparado por los artículos 3º y 7º de la ley 200 de 1936 y por una posesión material más que treintenaria. El dominio en este litigio juega, en suma, el papel de un hecho jurídico; y estos hechos se prueban en el juicio pero no se declaran en la sentencia, salvo que se trate del hecho **constitutivo de falsedad".**

Además, previo un análisis de la distinción que hace la ley entre bienes de uso público y bienes fiscales, agrega la Procuraduría:

"El Terminal Marítimo de Barranquilla es un servicio público y, como tal, un bien de uso público por destinación. Siéndolo, es inenajenable e imprescriptible mientras esté afecto a la destinación que se le dió. Por tanto, el terreno en que se construye no es susceptible de acciones civiles como la de reivindicación".

Sobre tales planteamientos, se observa:

Respecto del primer punto, es suficiente con anotar que, según habrá de verse más adelante, el inmueble de la demanda forma parte de los terrenos de "La Loma" destinados por el Gobierno, a título de baldíos, para las obras del puerto local de Barranquilla (Decreto Nº 2210 y Resolución del Ministerio de Industrias Nº 223 de 1932: fs. 11 v. y 15 del cuad. Nº 4); de donde necesariamente se deduce el interés del demandante para la declaración de dominio por él solicitada, pues a todas luces se advierte que la Nación partió de la base de que tales terrenos le pertenecían.

La incertidumbre en las acciones de mera declaración —dice Chiovenda— "debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho **exterior objetivo** que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de terceros: el hecho exterior a que se aludę puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho, o haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor...".

Por otra parte, dadas las modalidades de este juicio, también es pertinente la siguiente doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte:

"Cuando el lote de terreno que demanda el actor en acción reivindicatoria contra el poseedor, hace parte de otro mayor que pertenece en su totalidad al demandante, nada impide que éste solicite como primera petición de la demanda la declaración de ser dueño de todo el globo de tierra. Tal declaración de ser dueño de todo el globo entraña una acción petitoria, o más bien, un hecho fundamental necesario para reclamar la entrega de la porción poseída. La acción reivindicatoria no recae sino sobre este lote, sobre él versa exclusivamente la petición de entrega en razón de estar los demandados en posesión de él y pertenecer al demandante todo el globo..." (GACETA JUDICIAL. Tomo XXXV, pág. 298).

En cuanto a la segunda argumentación del señor Procurador, estima la Sala que asímismo basta con reproducir aquí lo dicho en fallo de 15 de julio de este año, en los siguientes apartes:

"Para resolver el punto ha de admitirse que el artículo 674 del Código Civil clasifica los bienes de la Nación en dos categorías: son **bienes de uso público** aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes, como el de calles, plazas, puentes y caminos; y son **bienes fiscales,** aquellos cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes. División de importancia, pues los primeros son inalineables e imprescriptibles, esto es, quedan fuéra del derecho común, mientras que los segundos han de mirarse como de naturaleza igual a la de los bienes particulares.

"Al respecto piensa la Sala que la destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo ni título de adquirir el dominio de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de los

particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible.

"Además, la circunstancia de que por razones de interés general no pueda ordenarse la restitución o entrega del bien al demandante, no quiere decir que no se halle consagrada en la ley civil la acción correspondiente para obtener el pago de su valor, acción que también se halla dentro del título de la reivindicación y que la Sala ha declarado viable en casos similares".

La propiedad privada del inmueble

En el dictamen pericial y en la ampliación que de éste se hizo, los expertos Antonio Moreno Vives y Américo Ardila O. expresan que los terrenos denominados "La Loma" fueron identificados por sus linderos generales, o sea los que se indican en el Decreto Ejecutivo 2210 de 1932 (f. 51 v., cuad. Nº 4); que esta zona general de "La Loma" se encuentra ubicada dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla (fs. 71 y 74, cuad. Nº 4); y que de ella hace parte el predio de la demanda, el cual se identificó por sus respectivos linderos (f. 51 v., cuad. Nº 4). Además, en corroboración de lo afirmado por los peritos, se agrega:

a) Que el Concejo Municipal de Barranquilla autorizó en sesión de 22 de marzo de 1929 la urbanización de un sector de "La Loma" (f. 79, cuad. Nº 4);

b) Que en Resolución número 3 de 9 de enero de 1929, del mismo Concejo, aparece que el Municipio recibió de la urbanización "Villanueva" varias calles y plazas situadas en los terrenos de "La Loma" (f. 80, cuad. Nº 4); y

c) Que en el plano de la ciudad de Barranquilla, levantado por las Empresas Públicas Municipales en febrero de 1944, aparece que los terrenos de "La Loma" están comprendidos dentro del perímetro urbano de la ciudad (f. 48, cuad. Nº 1).

A más de lo anterior, y ya respecto de la tradición del terreno reclamado, se ha demostrado en este juicio lo siguiente:

1º—Que la sociedad demandante "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada" fué constituída mediante escritura pública número 107 de 22 de enero de 1940, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla (f. 25, cuad. Nº 2), y que a ella aportaron los socios el inmueble que se determina en la demanda.

2º—Que dicho inmueble fué adquirido por los socios que integran la persona demandante en el acto de liquidación de la sociedad en comandita simple "A. Noguera y Cía.", según consta en la escritura número 106 de 22 de enero de 1940 de la misma Notaría (f. 21, cuad. Nº 2).

3º—Que la sociedad "A. Noguera y Cía." adquirió a su vez tal fundo por compra hecha a Aníbal Segundo Bula O., mediante instrumento público número 480 de 26 de febrero de 1927 de la Notaría Segunda de Barranquilla (f. 33, cuad. Nº 2).

4º—Que el señor Aníbal Segundo Bula O. adquirió dicho lote por adjudicación que se le hizo en el acto de partición extrajudicial, que consta en escritura número 580 de 7 de julio de 1915 de la Notaría Segunda de Barranquilla (f. 45, cuad. Nº 1), de un cuerpo cierto de 4 hectáreas y 4.289 metros cuadrados, demarcado así:

"Empezando en el punto en que la ribera norte del Canal del Centro hace esquina con la cerca del predio del señor Gabriel Martínez Aparicio en la orilla de lo que fué el caño de los tramposos se mide (278 m. 50) doscientos setenta y ocho metros, cincuenta centímetros, por toda la ribera del Canal del Centro en dirección general al Oeste, constituyendo esta línea el lindero sur del lote; de este punto occidental extremo y en dirección general noroeste miden (300 m. 73) trescientos metros setenta y tres centímetros, y esta línea constituirá otro lado del lote, o sea el lindero Oeste; de este punto extremo noroeste se desprende una línea quebrada que medida en dirección general Este, una parte, tiene ciento sesenta y ocho metros (168 m.) y la otra parte de la línea medida en dirección nordeste mide ciento noventa y cuatro metros ochenta y seis centímetros (194 m. 86) y esta línea quebrada constituye el límite Norte del lote y colinda con terrenos de los sucesores del señor Pedro Antonio Roca, y, por último otra línea también quebrada que partiendo del extremo nordeste de la línea quebrada antes descrita en dirección general sureste recorre primero ciento sesenta y ocho metros, cincuenta y ocho centímetros (168 m. 58) hasta tocar con la cerca del predio del señor Gabriel Martínez Aparicio y a lo largo de esta cerca recorre además, nueve metros, cincuenta centímetros (9 m. 50) hasta llegar al primer punto de partida en la ribera septentrional del Canal del Centro recientemente excavado por la Canalización y limpia del río Magdalena. Esta última línea forma el lado Oriental del lote que está convenido y adjudicado al otorgante".

5º—Que según la escritura número 690 de 12 de abril de 1922 de la Notaría Segunda de Barranquilla, el señor Aníbal Segundo Bula O., vendió a la sociedad "H. Lindemeyer y Cía." una faja del lote antes especificado situada frente al caño de

Los Tramposos, hoy Cañal B, de 9152 metros cuadrados de superficie (véase escrit. Nº 480).

6º—Que la extensión de 4 hectáreas, 4.289 metros cuadrados, descrita en el punto cuarto, le correspondió al señor Aníbal Segundo Bula O. por concepto de una cuota de una onceava parte que le fué adjudicada en el juicio mortuorio de sus padres Manuel María Bula y Victoria O. de Bula sobre un lote de 40 hectáreas ubicado en la zona de "La Loma", juicio que se protocolizó por escritura número 519, de 17 de junio de 1915, de la Notaría Segunda de Barranquilla (f. 10, cuad. Nº 1).

7º—Que el terreno de 40 hectáreas antes mencionado fué adquirido por el señor Manuel María Bula mediante varios títulos que obran en el expediente, y

8º—Que los distintos actos de que dan cuenta las escrituras mencionadas, en los puntos 1º a 6º inclusive, que junto con las aludidas en el punto 7º aparecen debidamente registradas, se relacionan en certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla el 29 de agosto de 1945 (fs. 2 y 3 del cuad. Nº 1); agregándose además en dicho certificado que "el registro del título a favor de la sociedad 'A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada' no aparece cancelado por ninguno de los medios que señala el artículo 789 del Código Civil, en lo que se refiere al inmueble descrito en ese párrafo" (el 1º del certificado; que señala los linderos del lote aportado por los socios y que se demanda en este juicio).

Así pues, de acuerdo con lo expuesto, se ha establecido que el terreno de la demanda, a más de estar situado dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla, ha sido objeto de tradiciones de dominio, que constan en títulos inscritos, por más de 20 años con anterioridad al 7 de abril de 1937, fecha en la que entró a regir la ley 200 de 1936; o sea que en el caso de autos habrá de reconocerse la propiedad privada de dicho terreno de conformidad con lo estatuído en el artículo 7º de la citada ley 200, sobre cuyo alcance dijo la Corte en sentencia de 30 de junio de 1948:

"...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 domino 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".

Es de advertir que al considerar la Corte de propiedad privada el lote o fundo que aquí se reclama, lo ha hecho teniendo en cuenta que las observaciones anotadas en la sentencia del Tribunal Superior han quedado esclarecidas dentro de esta etapa del juicio, como pasa a verse.

1º—En la escritura número 480 de 1927, donde consta la venta del lote número 7 hecha por Aníbal Segundo Bula O. a la sociedad A. Noguera y Cía., aparece también constancia de que de dicho número 7 se excluyó, para esa venta, una zona transferida anteriormente por el mismo señor Aníbal Segundo Bula O. a Lindemeyer y Compañía, mediante la escritura número 690 de 1922, zona ésta delimitada así:

"Al sur, con el caño de Los Tramposos, al Este y al Norte, con el resto del lote número siete de que hacía parte el pedazo de que se trata, y al Oeste, con el lote número seis, de María C. Bula de Palacio".

De esta suerte, es perfectamente claro que si el lote vendido a Lindemeyer y Compañía lindaba por el Este y el Norte con el resto del lote número 7, la parte que fué vendida a Noguera y Compañía quedaba lindando por el Oeste con el predio de la citada sociedad Lindemeyer y Compañía.

2º—En el dictamen pericial existe plena constancia sobre la identificación del predio del juicio, conforme a los términos que a continuación se transcriben:

"El lote de terreno a que se refiere el citado aparte b) es el mismo lote número 7 que le correspondió al señor Aníbal S. Bula en la partición de los terrenos adjudicados a los herederos de Manuel M. Bula, según escritura Nº 519 de 17 de junio de 1915—Notaría 2ª de Barranquilla; y de acuerdo con el plano levantado por el Igno. Antonio L. Armenta. Este lote deducción hecha de la 'faja' que Aníbal S. Bula vendió a la sociedad 'H. Lindemeyer y Cía.', fué vendido por el mencionado señor Bula a la sociedad en comandita simple de 'A. Noguera y Cía.'. Al liquidarse esta sociedad,

los adjudicatarios del precitado lote lo llevaron como aporte a la nueva sociedad 'A. Noguera y Cía. —sucesores Ltda.'. Los linderos de este lote, teniendo a la vista el plano complementario de este informe, coinciden con los que se expresan en el hecho primero de la demanda. Norte: línea quebrada constante de dos partes, linda con predio de los sucesores de Pedro Antonio Roca; por el sur con el canal de 'Los Tramposos'; por el este en línea quebrada constante de dos partes con predio de José Antonio Bula y herederos de Gabriel Martínez Aparicio; y por el oeste en línea quebrada constante de tres partes con predios de H. Lindemeyer y Cía. en dos de dichas partes, y con predio de María C. Bula de Palacio en la restante".

La ocupación por el Gobierno

Es indudable que la Nación ocupa y posee el terreno de la demanda como si fuera de su propiedad, según resulta de las siguientes pruebas:

a) El Gobierno Nacional, mediante Decreto Ejecutivo Nº 2210 de 22 de diciembre de 1932, destinó para las obras del puerto local de Barranquilla los terrenos baldíos que se encontraran en una zona comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el Norte, el río Magdalena; por el Sur, el caño denominado de 'Los Tramposos'; por el Este, el mismo río Magdalena; y por el Oeste, el caño denominado de Las Compañías" (f. 15 del cuad. 4);

b) Por Resolución Nº 223 de 23 de diciembre de 1932 emanada del Ministerio de Industrias se declaró que los terrenos baldíos anteriormente determinados "tienen el carácter de bienes fiscales del Estado aplicables a la construcción de las obras nacionales del puerto local de Barranquilla" y, en consecuencia, "quedan excluídos de la superficie territorial baldía de la República" (fs. 11 v. y 12 del cuad. Nº 4); y

c) Los peritos Américo Ardila C. y Antonio Moreno Vives, después de identificar el terreno de la demanda a la luz de los distintos planos que ellos citan en su informe, llegaron a la conclusión de que de dicho terreno estaba ocupada por las aguas del **Canal B** una extensión de 14.379,06 metros cuadrados, como consecuencia de "dragados que la Nación ejecutó a partir del año de 1933", en tanto que el resto del lote estaba ocupado por patios de un grupo del Ejército Nacional, sin que allí se encontrara edificación alguna.

Los peritos terminaron por acompañar a su dictamen un plano elaborado por ellos (f. 53 del cuad. Nº 4), respecto del cual expresaron, a fin de que se pudiera reconocer el terreno en cualquier momento:

"..., hemos localizado en el plano dos mojones que existen en el terreno: 'Punto este-A' y 'Punto oeste-B'. Azimut: 308º 56' 16". Distancia directa: 854.03 metros; que pertenecen a una red auxiliar de Malariología. De esta manera el lote materia de la inspección ocular queda referido a las coordenadas de la ciudad y a los puntos astronómicos establecidos en aquel lugar de 'La Loma'.

"Para completar el alinderamiento del lote se han calculado los rumbos astronómicos de los distintos lados del polígono, con sus distancias; que facilitarán en cualquier momento el cercamiento o cierre del predio, a partir de los puntos 1 y 2, referidos por sus coordenadas parciales al mojón: punto este-A' ".

Formas de restitución

En consideración a lo expuesto, es indudable que la Nación ocupa actualmente el terreno a que se refiere la demanda: una parte en condiciones semejantes a las de cualquier particular, y la otra con obras del puerto local de Barranquilla. Deconsiguiente, esta Sala de la Corte habrá de ordenar la devolución del referido terreno, si bien exceptuando la zona incorporada por el Gobierno al **Canal B** ya que a su restitución se oponen claras razones de interés público, como también cierta imposibilidad física para realizarla. En cuanto a esta zona convertida en caño o canal, se ordenará el pago de su valor conforme a la apreciación de los peritos, que lo estiman en catorce mil trescientos setenta y nueve pesos con seis centavos, o sea a razón de un peso cada metro cuadrado.

Consideraciones finales

En este estado, es de anotar que la Corte ha juzgado innecesario ocuparse de las excepciones perentorias propuestas por el señor Fiscal del Tribunal de Barranquilla, porque habiendo sido presentadas en forma vaga y sin la enunciación de ningún hecho, resultan a todas luces improcedentes.

FALLO:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis, y en su lugar,

RESUELVE:

Primero.—Declárase que la sociedad "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada" es dueña del inmueble a que se refiere la petición primera de su demanda, el cual se encuentra ubicado en el sitio de La Loma, del área urbana de la ciudad de Barranquilla, y cuyos linderos se han transcrito en esta providencia.

Segundo.—Condénase a la Nación a restituír a la sociedad "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada" el inmueble o terreno antes mencionado, con excepción de la zona de catorce mil trescientos setenta y nueve metros cuadrados y seis centímetros (14.379.06 m2.) que el Gobierno Nacional incorporó al **Canal B.** Tal restitución se hará con base en el plano elaborado por los peritos Américo Ardila O. y Antonio Moreno Vives (f. 53 del cuad. Nº 4).

Tercero.—Mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la Nación pagará a la expresada sociedad "A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada" la suma de **catorce mil trescientos setenta y nueve pesos con seis centavos** ($ 14.379.06), como valor de la faja de terreno incorporada al **Canal B.**

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Luis Hernando Vargas, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE QUE UNAS TIERRAS Y LOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS QUE EN ELLAS SE ENCUENTREN, SON DE PROPIEDAD PRIVADA

Los requisitos legales para que se declare como de propiedad privada un terreno petrolífero, son:

a) Título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

b) Títulos que acrediten la propiedad del terreno;

c) Determinación precisa del globo de terreno.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

En escrito presentado el ocho de agosto de 1951, el doctor Francisco Parodi Dávila, obrando en su carácter de apoderado especial del Municipio de Polo nuevo, demanda de esta Sala de la Corte las siguientes declaraciones, con audiencia del señor Agente del Ministerio Público, previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía:

"Primera—Que las tierras de *Polonuevo*, de propiedad de mi poderdante, determinadas por su ubicación y linderos al comienzo de esta demanda, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 en virtud de título emanado del Estado, o sea en virtud de los documentos de que dan fe las escrituras públicas números 4 de fecha 5 de enero de 1945, de la Notaría Primera de Cartagena, 315 de 4 de agosto de 1892; de la Notaría Segunda de Barranquilla, y 20 de fecha 23 de julio de 1868 de la Notaría de Sabanalarga.

"Segunda.—Que, en subsidio, las *Tierras de Polonuevo*, de propiedad de mi poderdante, determinadas por su ubicación y linderos al comienzo de esta demanda, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873 por justa prescripción originada en la posesión de esos terrenos acompañada de su explotación económica.

"Tercera.—Que el petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que se encuentren en el subsuelo de las *Tierras de Polonuevo*, de propiedad de mi poderdante, determinadas por su ubicación y linderos al comienzo de esta demanda, entendiéndose por petróleo lo que define como tal el artículo 1º de la ley 37 de 1931, son de propiedad privada de mi poderdante.

"Cuarta.—Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Nación no puede contratar, como si fuese de propiedad nacional, el petróleo y demás hidrocarburos y sustancias similares que se encuentren en el subsuelo de los mencionados terrenos de mi poderdante, con ninguna persona natural o jurídica".

Como hechos fundamentales de la acción se aducen los siguientes:

1º Que el Municipio de Polonuevo es actual poseedor y propietario de las "Tierras de Polonuevo" a virtud de títulos que comprenden un lapso mayor del de la prescripción extraordinaria.

2º Que dichas tierras salieron del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, y no han vuelto al dominio de la Nación.

3º Que sobre ellas se ha ejercido desde tiempo inmemorial la posesión efectiva por medio de una explotación económica.

4º Que están debidamente determinadas por su cabida y linderos que las hacen claramente identificables sobre el terreno.

5º Que dichos terrenos pertenecen al citado Municipio en "virtud de una tradición comprobada por una cadena de títulos irreprochables".

Y en derecho dijo invocar los artículos 4º de la ley 37 de 1931; 5º, 7º y 10º de la ley 160 de 1936; 10º del Decreto Extraordinario número 10 de 1950, y demás disposiciones concordantes de las leyes sobre petróleos; además las leyes de 10 de octubre de 1867 del Estado Soberano de Bolívar, de 11 de octubre de 1821, de 30 de marzo de 1843 y 70 de 1866, y Código Fiscal de 1873.

Aceptada la demanda se le dio el curso que le es propio y al presente el juicio se encuentra en estado de recibir fallo definitivo y a ello se procede.

La acción instaurada en el presente caso por el

Municipio de *Polonuevo* en ejercicio de la facultad o derecho que al efecto otorga el artículo 5º de la ley 160 de 1936, en armonía con lo dispuesto por el Decreto Extraordinario número 10 de 1950, fue propuesta en tiempo oportuno, es decir, dentro de los dos años siguientes contados a partir del fallo de fecha 18 de agosto de 1949, mediante el cual esta Sala de la Corte declaró infundada la oposición formulada por el expresado Municipio de Polonuevo a la propuesta de contrato número 105 de la Tropical Oil Company, para explorar y explotar petróleo en un lote de terreno de 49.978 hectáreas, ubicado en los Municipios de Baranoa, Sabanalarga, Usiacurí, Polonuevo, Sabanagrande, Santo Tomás y Palmar de Varela, circunstancia aquélla que aparece acreditada con la copia auténtica de la mencionada sentencia, que obra en autos, aducida como prueba por el Municipio demandante.

En consecuencia, bajo este aspecto, y también en consideración al hecho de aparecer plenamente acreditada la personería de las partes contendientes, con las pruebas adecuadas al caso, se pasa a decidir lo que fuere legal.

En la etapa judicial de la referencia se llevaron a los autos las siguientes pruebas, tendientes todas, a demostrar la propiedad privada del terreno materia de la controversia:

1º Un remate de tierras realengas, efectuado en 1758, consistente en ocho (8) caballerías, diez y siete (17) fanegadas y siete (7) almudes.

2º Una diligencia de mensura de las tierras en referencia, practicada en los meses de diciembre de 1844 y enero de 1845.

3º Finalmente, una sentencia judicial de 1868 por la que se reconoce que las "*Tierras de Polonuevo eran apropiadas*" y pertenecían a los vecinos de Polonuevo.

La declaración adversa a la referida oposición del Municipio de Polonuevo, de que da cuenta el memorado fallo de 18 de agosto de 1949 hubo de fundamentarla la Sala en las siguientes consideraciones:

"...Según lo transcrito, en los varios títulos relacionados figuran como puntos principales de la alinderación: " 'Las Piedras' o 'Piedra Grande', 'La Cruz del Guamacho', 'Boca de Arroyo Negro' y 'Barranco Colorado', lo cual deja la impresión de que todos ellos versan sobre un mismo terreno, a pesar de la diferencia en cuanto a la cabida.

"Así hubo de reconocerlo la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, después de comparar los linderos de la diligencia de mensura de 1844-45, con los linderos de las declaraciones que sirven de fundamento al fallo judicial de 1868 en los siguientes términos: 'Los puntos de lindero que se indican en las declaraciones, coinciden en sus nombres con los indicados en las actas de las diligencias de mensura de que se habló ya, al estudiar la escritura número 315'.

"Con esta aclaración, nada tendría que objetar ahora la Corte a los aludidos títulos, como demostrativos de la propiedad privada del petróleo, si se hubiera establecido la determinación real y concreta del terreno a que ellos se refieren. En efecto, en este caso se trata de títulos perfectos que tienen el carácter de emanados del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, principalmente si se tiene en cuenta que hoy sería improcedente no reconocerle valor al fallo judicial de 1868, por el cual se declaró que las *Tierras de Polonuevo* ERAN APROPIADAS, o sea de propiedad particular. Tuviera o no facultades el Estado Soberano de Bolívar para dictar la ley de 10 de octubre de 1867 —y ya para entonces se había derogado la ley nacional número 70 de 4 de julio de 1866, que permitía a los Estados expedir leyes encaminadas a deslindar la propiedad nacional de las de los particulares—, es lo cierto que con base en aquella ley local se pronunció el fallo de 1868, y es también evidente que la segunda instancia se surtió con audiencia del señor Procurador General del Estado, que era al propio tiempo Agente del Ministerio Público de la Unión, según la ley de los Estados Unidos de Colombia número 17 de 20 de abril de 1865. Además, como dicho fallo se dictó a instancia del distrito de Baranoa y allí se reconoció que las tierras cuestionadas pertenecían 'a los vecinos de Polonuevo', es natural que al erigirse esta fracción en *Municipio*, éste viniera a ser el titular de ellas.

"Pero ocurre, como se ha dicho, que aquí no se ha demostrado que el terreno a que los títulos se refieren constituya un bien concreto y objetivamente determinado, en el sentido de que pueda localizarse como cuerpo cierto, a la luz de los linderos destinados a individualizarlo".

Pruebas aducidas por la parte actora

1º Copia de la escritura número 4 de 5 de enero de 1945, de la Notaría Primera de Cartagena, en la que consta el remate de tierras realengas, practicado el 18 de julio de 1758, "recaído en don Mariano Echavarría, en nombre de los vecinos del sitio de Pueblonuevo" (fs. 28 y 29, C. número 1).

2º Copia de la escritura número 315 de 4 de agosto de 1892, visible a folios 33 y siguientes del

C. P., y en la que consta la diligencia de mensura de las tierras de *Polonuevo*, cuyos linderos son los mismos que figuran en la diligencia de remate, mencionada en el punto anterior.

3º Copia de la escritura número 20 de 23 de julio de 1868 de la Notaría de Sabanalarga por medio de la cual se protocolizó la sentencia judicial de 1868, por la cual se declaró que las *"Tierras de Polonuevo eran apropiadas"*, y cuyos linderos, idénticos a los que figuran en los documentos atrás citados, se encuentra en el cuaderno número 1 a folios 46 v. y 47.

Además, dentro del término probatorio, se solicitó y obtuvo la práctica de una diligencia de inspección ocular (fs. 113 y siguientes del cuaderno número 2), por medio de la cual se determinó clara y precisamente, tanto en el terreno, como sobre el mapa oficial del Departamento del Atlántico, el globo de terreno a que alude la demanda, cuyos linderos son los mismos a que se refieren el remate de tierras realengas efectuado en 1758, la diligencia de mensura de las mismas, practicada en los años de 1844-45, y la sentencia judicial de 1868.

La afirmación de que tales linderos son los mismos a que se refiere el aparte anterior, está ratificada por los peritos en los siguientes términos:

"De acuerdo con el croquis que presentamos (f. 121, cuaderno número 2) las tierras de Polonuevo tienen los mismos linderos que figuran en los fallos declaratorios de dominio por las autoridades judiciales del Estado Soberano de Bolívar que figuran a página primera del libelo de la demanda; en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Sabanalarga (documento número 3) y en la parte motiva del fallo de la H. Corte de fecha 18 de agosto de 1949 (documento número 4)".

Los requisitos legales necesarios para que se declare como de propiedad privada un terreno petrolífero son:

a) Título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

b) Títulos que acrediten la propiedad del terreno;

c) Determinación precisa del globo de terreno.

En el caso *sub-judice* ha quedado establecido, que la titulación antigua es perfecta, en cuanto que demuestra que las tierras materia del litigio, salieron efectivamente del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, sin que hasta la fecha las haya recuperado de nuevo, y asimismo que son de propiedad particular, y además que se encuentran determinadas y localizadas tanto en el terreno, como sobre el mapa oficial del Departamento del Atlántico.

Así lo reconoce también el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su alegato de conclusión, cuando analiza detenidamente cada una de las súplicas de la demanda, para afirmar y expresar, que en cuanto a la validez y titulación antigua de las *Tierras de Polonuevo*, se acoge en su integridad a lo dicho por esta Sala de la Corte en el citado fallo de 18 de agosto de 1949, aceptando además el dictamen de los peritos, en cuanto a la determinación precisa del terreno objeto de la litis.

El mencionado funcionario, termina su alegato reconociendo "...que el predio materia del pronunciamiento que con este juicio se persigue, *está determinado en autos con la precisión requerida por la ley*", y que "en fuerza de lo anteriormente expuesto, la Procuraduría manifiesta que *no se opone a que se resuelvan afirmativamente las declaraciones impetradas en el libelo de demanda*, con que se promovió este juicio".

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

Es de propiedad privada, y pertenece al Municipio de Polonuevo, el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en el predio denominado *"Tierras de Polonuevo"*, determinado por los siguientes linderos: "Al Noroeste de Polonuevo es el lugar llamado *'Guamacho'*, de aquí siguiendo en línea recta y pasando por La Cueva al poste del camino viejo de Baranoa a Polonuevo, Jovo Dulce y Cueva de los Paticos, llega a la boca de Arroyo Grande, que queda al Suroeste de Polonuevo; de este lugar sigue el rumbo por el mismo Arroyo grande aguas abajo y llega al paraje llamado Barranco Colorado, que hace la tercera esquina, y se encuentra al Suroeste de Polonuevo; del barranco enunciado, donde se encuentra también un caracolí con dos pernos y una cruz, sigue el rumbo en línea recta hacia el Norte y pasando por Boca de Zorra, Ciénaga de Purnio, el Poste de los Matarratones, que está en el camino de Polonuevo a Sabanagrande, y el Bajo de la Mora, llega al punto llamado Piedra

Grande o Sabaneta de Valencia, que es la cuarta esquina y queda al Norte de Polonuevo; de este rumbo tomando al Oeste en línea recta y pasando por la Piedra Mediana, el poste del camino de Malambo, la Cueva del Tigrillo y Dividivi, se llega al Guacamayo (sic), punto donde comenzó la descripción", ello en razón de haber salido del patrimonio nacional dicho terreno con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título emanado del Estado.

Es entendido que siendo de propiedad privada el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en tal predio la Nación no puede contratarlos.

En los anteriores términos quedan resueltas todas las súplicas de la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Rafael Leiva Charry—**Luis A. Flórez**—**Agustín Gómez Prada.** — **Luis Rafael Robles.**—**Luis Hernando Vargas,** Secretario.

LOS INCIDENTES DE RECUSACION PROMOVIDOS CON BASE EN EL ART. 1º DEL DECRETO 3346 DE 1950, CARECEN DEL GRADO DE REVISION. — EN PUNTO DE COMPETENCIA, NO HAY LUGAR A LA APLICACION ANALOGICA DE DISPOSICIONES LEGALES

1.—Si los artículos 1º del Decreto 3346 de 1950 y 5 del Decreto-Ley número 0243 de 1951 no establecieron el recurso de apelación para las acciones de recusación por ellos creadas en orden a hacer más eficaz y rápida la administración de justicia, y, muy al contrario, señalaron un grado especial de jurisdicción para desatarlas, ha de concluírse necesariamente que a estos incidentes no son aplicables por analogía los preceptos comunes, por los cuales se rigen los casos de recusación en los procesos judiciales, y por ende que los incidentes promovidos con base en el precitado artículo 1º del Decreto número 3346 de 1950 carecen del grado de revisión.

2.—En punto de competencia no hay ni puede haber lugar a la aplicación por analogía de las reglas o preceptos que regulan casos o materias semejantes. Esa competencia debe estar expresamente señalada en cada caso particular, de acuerdo con las atribuciones concedidas por la ley a los funcionarios encargados por ella de ejercer en determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República. Así lo dice en términos de evidente claridad el artículo 143 del C. Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, seis de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, por auto de 13 de mayo último, falló el incidente de recusación que con base en la causal de morosidad establecida en el artículo 1º del Decreto-ley número 3346 de 1950 presentó el doctor Gustavo Delgado contra el Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá.

En dicha providencia se absolvió al Juez recusado de todo cargo, y habiéndose interpuesto los recursos de reposición como principal y el de apelación como subsidiario por el abogado recusante, el Tribunal, en auto de 9 de junio siguiente, resolvió negar el primero y conceder el segundo, en el efecto devolutivo, para ante esta Sala.

Aquí se dio el trámite correspondiente a las apelaciones de los autos interlocutorios, y oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien en su vista de 20 de agosto último pide la confirmación de la providencia reclamada, es llegada la oportunidad de resolver lo que fuere legal con fundamento en las consideraciones siguientes:

La causal de recusación por morosidad de los jueces en el despacho de los negocios a su cargo, es nueva dentro del derecho procesal vigente, pues, como antes se dijo, fue establecida por el Decreto-ley número 3346 de 1950, cuyo artículo 1º dice:

"Artículo 1º—A partir del 1º de enero de 1951 podrá ser recusado, lo mismo en los procesos civiles que en los penales, en los contencioso-administrativos y en los que se tramiten ante la jurisdicción del Trabajo, el funcionario que deje vencer, sin actuar, los términos que la ley le señale al efecto, a menos que la demora se deba a fuerza mayor o caso fortuito.

"Si dentro de un mismo año, y con fundamento en la causal prevista en este artículo, un funcionario fuere separado por dos veces del conocimiento, se producirá la vacante del cargo que aquél desempeñe, y la autoridad competente, previa comprobación de la causal, procederá a hacer el correspondiente nombramiento".

Posteriormente se expidió el Decreto Extraordinario número 0243 de 11 de febrero de 1951, "por el cual se dictan algunas normas encaminadas a hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo civil". Por el artículo 5º de dicho Decreto se dispone lo siguiente:

"Artículo 5º—De las recusaciones que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Legislativo 3346 de 1950 se promuevan contra los Jueces, ya sean Municipales, de Circuito, Superiores, de Menores o del Trabajo, conocerá el inmedia-

to superior jerárquico del Juez recusado. De las demás, según las reglas generales.

"Al recusante que no prueba la causal de recusación alegada se le condena en costas y en una multa de veinte a quinientos pesos".

Es de observarse, en primer término, que ninguno de los premencionados Decretos consagra el recurso de apelación contra los autos que decidan de esta clase de acciones, pero ni siquiera señala el procedimiento que deba seguirse en la tramitación y fallo del incidente respectivo.

Del contexto de la última disposición transcrita lo único que se advierte es el señalamiento de una competencia distinta de la establecida por el artículo 442 del Código Judicial, pues al paso que de la recusación de un magistrado conocen los demás que forman la Sala respectiva; o el Juez del mismo ramo y categoría, y a falta de éste el respectivo suplente si el recusado es un Juez, de acuerdo con el artículo 5º que se acaba de copiar, el conocimiento de la recusación por la causal de morosidad corresponde "al inmediato superior jerárquico del Juez recusado".

Frente a este vacío de la ley especial y en orden a la solución del recurso interpuesto, se ofrecen al estudio y decisión de la Sala estas dos cuestiones, a saber: a) Si es jurídico, como lo estimó la mayoría del Tribunal (el Magistrado doctor Venegas salvó su voto), y como lo sostiene el señor Procurador Delegado en lo Civil, aplicar al caso de autos las reglas del Código Judicial sobre la forma como se tramitan y sustancian las recusaciones por las causales en él señaladas, reglas que incluyen el recurso de apelación, en el efecto devolutivo, contra la providencia de primer grado que decida el respectivo incidente; y b) Si en caso de ser aplicables por analogía tales reglas, corresponde a esta Sala conocer del recurso, al tenor de las atribuciones que el artículo 37 del mismo Código expresamente le señala.

Respecto del primer punto cabe observar que se opone a la aplicación analógica de las disposiciones del Capítulo VI, Título XII, Libro II del C. Judicial, que trata de los impedimentos y las recusaciones, la naturaleza misma de la nueva causal de morosidad, ya que las contempladas en aquellos preceptos sólo reconocen como única fuente u origen la falta de imparcialidad en el juzgador, al paso que la establecida en el Decreto-ley número 3346 se dirige primordialmente a acelerar la marcha de la administración de justicia. Esta interpretación del Decreto-ley citado se conforma con el contexto mismo de los considerandos que le sirven de fundamento, y que son del siguiente tenor, en lo pertinente:

"Que entre las causas de la alteración del orden una de las más graves y que exige correctivo inmediato es la ilegal lentitud de los procesos judiciales, contencioso-administrativos y del Trabajo, que prolongando indebidamente las situaciones litigiosas, le resta a la administración de justicia toda eficacia, hace nugatorios derechos fundamentales de las partes y contribuye en gran manera a que subsista de hecho un estado general de impunidad.

"Que en vista de lo anterior, y con el fin de llegar más prontamente al restablecimiento del orden, se hace indispensable señalar un camino expedito para deducir la responsabilidad de los funcionarios encargados de administrar justicia cuandoquiera que incurran en omisión en el ejercicio de sus funciones".

Estos considerandos explican suficientemente el cambio introducido por el artículo 5º del Decreto-ley número 0243 de 1951 en punto a jurisdicción y competencia con relación a las normas comunes de que se acaba de hacer referencia. En los Decretos-leyes comentados no se apreció el recurso de apelación de los fallos que hayan de pronunciarse en las acciones de recusación por ellos establecidas, porque eso equivaldría a agravar el problema de la lentitud de los procesos judiciales, de los contencioso-administrativos o del Trabajo. Se previó, en cambio, un sistema de jurisdicción distinto, especialísimo: el conocimiento de estos incidentes corresponde al inmediato superior jerárquico del juez contra quien se dirija la acusación por negligencia.

Si, pues, las leyes especiales comentadas no establecieron el recurso de apelación para las acciones de recusación por ellas creadas en orden a hacer más eficaz y rápida la administración de justicia, y, muy al contrario, señalaron un grado especial de jurisdicción para desatarlas, ha de concluírse necesariamente que a estos incidentes no son aplicables por analogía los preceptos comunes por los cuales se rigen los casos de recusación en los procesos judiciales, y por ende, que los incidentes promovidos con base en el precitado artículo 1º del Decreto número 3346 de 1950 carecen del grado de revisión.

Mas no sólo por este aspecto se puede afirmar que la Sala carece de jurisdicción para conocer del recurso de apelación interpuesto. Existe, además, otra razón fundamental que conduce a idéntica conclusión, y es ésta:

En punto de competencia, no hay ni puede haber lugar a la aplicación por analogía de las reglas o preceptos que regulan casos o materias semejantes.

Esa competencia debe estar expresamente señalada en cada caso particular, de acuerdo con las atribuciones concedidas por la ley a los funcionarios encargados por ella de ejercer en determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República. Así lo dice en términos de evidente claridad el artículo 143 del C. Judicial. Por tanto, es preciso resolver si en las disposiciones que fijan las atribuciones de esta Sala existe alguna que le dé competencia para conocer, como juzgador de segunda instancia, de esta clase de recursos.

La facultad de revisión de esta Sala está circunscrita por el artículo 37 de la ley de procedimiento, que reza así:

"La misma Sala (de Negocios Generales) conoce en segunda instancia:

"1º—De los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

"2º De los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva.

"3º De los demás asuntos atribuídos a la Corte por leyes especiales en este grado de jurisdicción".

Los negocios civiles de que conocen los Tribunales en primera instancia, según lo determinan los incisos 1º y 2º del artículo 76 del mismo Código, son los contenciosos en que tenga parte la Nación y un Departamento, en los cuales se ventilen cuestiones de derecho privado, "salvo los juicios de expropiación y los de que trata el artículo 40".

El negocio fallado por el Tribunal de Bogotá en primera instancia en esta ocasión no tiene origen en controversia alguna sobre cuestiones de derecho privado con relación a la Nación o un Departamento. Es un simple incidente dentro de un juicio de lanzamiento, promovido entre particulares y adelantado ante un Juez Civil de Circuito. La recusación de que en dicho incidente se trata estriba en una causal nueva, establecida por una ley especial y para la cual ésta creó un grado especial de jurisdicción.

De todo ello ha de concluírse que a falta de disposición expresa de la ley que dé a esta Sala de la Corte potestad de juzgador de segundo grado en esta clase especial de asuntos en que no existe controversia sobre derechos estrictamente civiles entre el particular y la Nación o un Departamento, esta Sala de la Corte no puede, sin incurrir en una verdadera usurpación de jurisdicción, avocar el conocimiento de este negocio como juzgador de segunda instancia, como lo dá a entender muy claramente el precepto contenido en el numeral 3º del artículo 37 del C. Judicial, transcrito anteriormente. En otros términos, se trata aquí de un asunto no comprendido dentro de las especificaciones que trae el inciso 1º del precitado artículo 37 del C. Judicial, no obstante haber sido fallado en primera instancia por un Tribunal de Distrito Judicial. Es una acción creada por ley especial con miras de interés público, y para que esta Sala tuviera poder de revisión en esta clase de negocios, era necesario que la misma ley le confiriera expresamente esa facultad.

Sobre este mismo particular dijo la Sala en fallo de 5 de junio de 1947, lo siguiente:

"Por disposición del ordinal 1º del artículo 37 del C. Judicial la Corte, en su Sala de Negocios Generales, conoce en segunda instancia 'de los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial'. De consiguiente, no de todo negocio atribuído por la ley a los Tribunales conoce en segunda instancia la Sala de Negocios Generales de la Corte. Exclusivamente de aquellos que tienen el carácter de civiles, es decir, cuando está de por medio una cuestión de derecho privado patrimonial, de un particular en relación con la Nación o los Departamentos, según la enumeración que suministra el artículo 76 del C. Judicial, en lo pertinente. Pero cuando el negocio fallado por un Tribunal no es de derecho privado, de los comprendidos en la enumeración del mencionado artículo, se requiere disposición expresa que dé a la Corte el conocimiento de segunda instancia. La segunda instancia no puede crearla la Corte por consideraciones de equidad, o por aplicación mecánica de los artículos 198 y 493 de la ley de procedimiento... A la competencia de un Juez en determinado asunto debe llegarse por el camino de las disposiciones expresas que se la hayan otorgado. Esta materia de la competencia repudia y hace inadmisible el sistema de las aplicaciones de la ley, por analogía o extensión. La competencia siempre debe ser expresa, pues cuando el Juez actúa sin disposición que claramente lo autorice, comete una usurpación de jurisdicción, que consiste, según el artículo 148 del C. Judicial, en ejercerla sin haberla adquirido legalmente, es decir, por virtud de una ley. Fuéra de los negocios civiles de particulares contra la Nación o los Departamentos de que conocen los Tribunales en primera instancia, según el artículo 76 del mismo Código, y la Corte en segunda instancia, según el artículo 37 ibidem, esta entidad conoce también en segunda instancia 'de los demás asuntos atribuídos a la Corte por leyes especiales en este grado de jurisdicción' (ordinal 3º del artículo 37). Por manera

que cuando los Tribunales fallen negocios a ellos atribuídos por leyes especiales, distintas de los civiles, comprendidos en los respectivos numerales del artículo 76, es indispensable que la misma ley haya previsto el recurso de apelación ante la Corte. De lo contrario esta Sala carece de poder de revisión sobre estos fallos de los Tribunales". (S. de N. G. G. J. número 2016, pág. 385).

Fundada en las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, DECLARA que ella no es competente para conocer del recurso de alzada interpuesto por el doctor Gustavo Delgado contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, que decidió de la recusación promovida contra el Juez 8º Civil de este Circuito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Luis Hernando Vargas V., Secretario.

INCIDENTE DE NULIDAD. — PROFERIMIENTO DE AUTOS INTERLOCUTORIOS EN ASUNTOS DE QUE CONOCEN EN PRIMERA INSTANCIA LOS TRIBUNALES SUPERIORES

Los autos interlocutorios de los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores, deben ser proferidos por el Magistrado Ponente y los otros dos que siguen en turno, que son los que componen la Sala de Decisión (artículos 84, inciso 3º y 70, inciso 4º del C. J.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, siete de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En este negocio, que vino a la Corte por apelación del auto de fecha diez y seis de abril del año en curso, que puso fin al incidente de excepciones dilatorias promovido por el señor Fiscal del Tribunal de Barranquilla, solicita el señor Procurador Delegado en lo Civil que se declare nulo todo lo actuado a partir de aquel auto, dando como razones las siguientes:

"Al avocar el estudio del asunto, encuentra este Despacho que la resolución apelada adolece de un vicio legal, el que, a su vez, conforma una causal de nulidad.

"En efecto, de conformidad con el artículo 76, numeral 1º del C. J., los Tribunales Superiores de Distrito conocen en primera instancia de 'los asuntos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...'.

"En consonancia con esa norma, el artículo 77 ibidem dispone que 'el fallo definitivo en los asuntos de que trata el numeral 1º del artículo anterior, lo dictan todos los Magistrados de la Sala de lo Civil cuando el respectivo Tribunal se halle dividido en Salas'.

De otra parte, el artículo 84 de la misma obra prescribe en su tercer inciso que los autos interlocutorios que deban ser dictados en juicios de que conocen los Tribunales Superiores en primera instancia, corresponde proferirlos a la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia.

"Ahora bien: según el artículo 3º del Decreto ley número 0976 de 27 de abril de 1951, el cual entró a regir desde el 1º de mayo de ese mismo año, los Tribunales Superiores integrados por seis Magistrados o menos conocerán promiscuamente de las ramas civil y penal.

"Así, pues, en los Tribunales compuestos de seis Magistrados o menos, las Salas de Decisión pueden estar integradas por distinto número de Magistrados, según se trate de fallar en primera instancia negocios en que tengan interés la Nación, o un Departamento, por ejemplo. En el primer caso, tal Sala de Decisión estará compuesta por todos los Magistrados que forman el Tribunal, de acuerdo con el artículo 77 del C. J. y el artículo 3º del Decreto-ley 0976 de 1951, ya citado. En los otros casos, como el en que tenga interés un Departamento, el Tribunal promiscuo fallará el negocio con las solas firmas del Magistrado Ponente y de los dos que le siguen en turno, pues para estos supuestos no ha sufrido modificación el inciso 3º del artículo 70 del C. J., ni rige el numeral 1º del artículo 76/ibidem.

"En cuanto hace al caso *sub-judice*, la providencia que se encuentra al conocimiento de esa H. Sala es un auto interlocutorio, en juicio contra la Nación. Con su pronunciamiento se puso fin al incidente de excepción dilatoria provocado por el Agente del Ministerio Público en la primera instancia y lo firman tan sólo tres de los Magistrados que componen el Tribunal Superior, habiendo debido firmarlo todos, por tratarse de un Tribunal promiscuo que fallaba en negocio contra el Estado.

"Si, pues, quienes pronunciaron el referido auto no eran, por sí solos, competentes para ello, se configura respecto de él y todo lo actuado con posterioridad a su apelación el motivo de nulidad previsto en la causal 1ª del artículo 448 del C. J.".

Para resolver la transcrita petición del señor Procurador Delegado en lo Civil, *Se considera*:

El artículo 76 del Código Judicial estatuye que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia, entre otros, de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen

cuestiones de derecho privado, excepto los juicios de expropiación y los provenientes de contratos celebrados por dicha entidad. Y los artículos 77 y 84, inciso 3º, de la misma obra establecen: el primero, que el fallo definitivo en aquellos asuntos lo deben dictar todos los Magistrados de la Sala Civil, cuando el Tribunal respectivo se halle dividido en Salas; y el segundo, que en los juicios de que conocen los Tribunales en primera instancia, los autos interlocutorios deben ser proferidos por la Sala de Decisión y son apelables ante la Corte Suprema de Justicia.

Y como la Sala de Decisión de los Tribunales se compone del Magistrado ponente y los otros dos que siguen en turno (artículo 70, inciso 4º del C. J.), es obvio que en el presente caso el auto interlocutorio apelado, que puso fin a las excepciones dilatorias propuestas por la parte demandada, fue expedido por quienes gozaban de competencia regular para dictarlo, comoquiera que lleva las firmas del Magistrado ponente y los dos que le siguen en turno.

La Procuraduría sólo tendría razón en la nulidad pedida si se tratara del fallo definitivo, como en otras ocasiones lo ha reconocido la Corte.

Por lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA que no existe la nulidad alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles.—Luis Hernando Vargas, Secretario.

INCIDENTE DE NULIDAD

La solicitud que se formule en la demanda para que, en caso de oposición, se condene al demandado a pagar las costas del juicio, no equivale a ejercer una acción indemnizatoria de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, quince de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

En virtud de apelación interpuesta y concedida al mandatario judicial del demandado doctor Adán Arriaga Andrade, conoce esta Sala de Negocios Generales de la Corte, del auto proferido por el Tribunal Superior de Pasto el treinta de junio del presente año, mediante el cual se declaró no haber lugar a decretar la nulidad propuesta por el apelante dentro del juicio instaurado contra la Nación y contra el mencionado doctor Arriaga Andrade, por el apoderado judicial de "*Rumigas Limitada—Fernando Pérez Palares, Sucesores*".

Estimó el recurrente que en la demanda de la referencia se habían acumulado indebidamente dos acciones; una de dominio contra la Nación y otra de perjuicios contra el doctor Arriaga Andrade, esto es, por haberse solicitado en la parte petitoria de la demanda "que en caso de oposición, por parte del doctor Arriaga Andrade, se le condene al pago de las costas procesales".

El Tribunal, como bien lo anota el señor Procurador Delegado en lo Civil "luego de establecer la diferencia de lo que debe entenderse por 'costas procesales' y 'acción de perjuicios' declara que, sin necesidad de interpretar la demanda, la petición 5ª del libelo alude solamente a las costas del juicio, caso de oposición, y en ningún momento a una acción de perjuicios, lo cual —agrega—, es materia de un proceso distinto. Tal entendimiento lo encuentra corroborado en la circunstancia de que la expresada súplica se impetra exclusivamente respecto del proponente demandado, comoquiera que la Nación no puede ser condenada en costas de conformidad con el artículo 576 del C. J.".

A juicio de la Sala la apreciación del Tribunal es jurídica y debe mantenerse, por cuanto ni el sentido literal de la mencionada súplica —pago de las costas procesales, caso de oposición— ni el concepto o noción de costas que nuestro Código Judicial contempla, como lo entienden asimismo los procesalistas, dan asidero para entender que ella entraña el ejercicio de una acción indemnizatoria, y ello sin parar mientes en la circunstancia de que en ninguno de los hechos fundamentales de la acción ordinaria incoada, se alude a ese extremo, que no requería formulación especial, ya que como acertadamente lo expresa la Procuraduría "las costas son obligaciones accesorias de la parte que haya de resultar vencida, y quien demanda pretende vencer".

Sin necesidad de más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto apelado de fecha y procedencia indicados, con costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN OCUPACIONES DE PROPIEDADES PARTICULARES, POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS, CUANDO ESAS OCUPACIONES TIENEN EL CARACTER DE INDEFINIDAS O DEFINITIVAS

Como lo dijo la Sala de Negocios Generales de la Corte, en sentencia de 4 de agosto de 1951: "De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la Ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una SIMPLE REPARACION DE DAÑOS, producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una OCUPACION que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de INDOLE PURAMENTE TRANSITORIA O TEMPORAL; pero que son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio. Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (artículo 995 C. C.), antes que de una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria, a quien, constitucionalmente, corresponde resolverla".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Ante el Tribunal Superior de Barranquilla, con fecha 25 de agosto de 1948, el doctor Antonio José Pantoja, manifestando obrar en su carácter de apoderado especial de los herederos en la sucesión ilíquida de la señora *Amelia Bula Ojeda, viuda de Welpley,* o sea: "Victoria Francisca Bula Ojeda, María Cleotilde Bula Ojeda viuda de Palacio, José Antonio Bula Ojeda, Candelaria Bula Ojeda de Manjarrés, hermanos legítimos de la causante citada, que con ese carácter concurren al sucesorio de ésta; Francisca Elena Bula Tejera, Alicia Leonor Bula Sanmiguel, Blanca María Bula Sanmiguel, Marco Antonio Bula Sanmiguel, Dora Bula Sanmiguel de Rojas, Carolina Bula Sanmiguel, y Rubi E. Bula S., menor de edad, sobrinos legítimos de la causante, quienes concurren al sucesorio de ésta en representación de su legítimo padre, señor Miguel Angel Bula Ojeda; Ricardo Armenta Bula, Rafaela Armenta Bula de Bravo Maury, Victoria Isabel Armenta Bula de Martínez, sobrinos legítimos de la causante, que concurren al sucesorio de ésta en representación de su legítima madre, señora Rafaela Bula Ojeda viuda de Armenta; Amalia Victoria Bula de Simonds, Sara Cecilia Bula de Munárriz, María Antonia Bula de Salas, Paulina Esther Bula de Ibáñez, sobrinas legítimas de la causante, que concurren al sucesorio de ésta, en representación de su legítimo padre Aníbal Segundo Bula Ojeda; y América Bula de Cepeda, sobrina legítima de la causante, que concurre al sucesorio de ésta en representación de su legítimo padre, señor Manuel María Bula Ojeda", presentó demanda ordinaria contra la Nación, tendiente a obtener las siguientes declaraciones con audiencia del respectivo Agente del Ministerio Público:

"*Primera.*—Que es de propiedad de la sucesión ilíquida de la señora Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley, representada por sus herederos, el lote de terreno que está ubicado en el lugar llamado 'La Loma', *del perímetro urbano* de esta ciudad de Barranquilla, del cual está actualmente en posesión material la Nación, cuya ubicación, medidas y linderos están consignados en el hecho 1º de esta demanda, por haber perdido su calidad originaria de baldío, estar ubicado hoy *en dicho perímetro urbano* y haber acreditado dicha propiedad con títulos inscritos, otorgados con anterioridad a la ley 200 de 1936, en que constan tradiciones de dominio por un lapso no menor del que señalan las leyes para la

prescripción extraordinaria y tener la posesión inscrita en ella.

"*Segunda.*—En subsidio de la petición anterior, pido que se declare: Que el lote de terreno ubicado, alinderado y con las medidas indicadas en el hecho 1º de esta demanda es de propiedad de la sucesión ilíquida de la señora Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley, representada por sus herederos, por haber perdido su carácter originario de baldío, ser un predio rural, y haberlo adquirido legítimamente la nombrada causante por medio de títulos inscritos, en que constan tradiciones del dominio por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, con arreglo a la ley 200 de 1936.

"*Tercera.*—En subsidio de las peticiones Primera y Segunda, solicito que se declare: Que es de propiedad de la sucesión ilíquida de la señora Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley, representada por sus herederos, el lote de terreno cuya ubicación, medidas y linderos consigno en el hecho 1º de esta demanda, por haberlo ganado por prescripción, pues se ha comprobado, además de los otros requisitos legales, haberlo poseído materialmente con explotación económica del suelo, durante un lapso muchísimo mayor del que señalan las leyes para prescribir, sumando a la posesión de la causante, la de todas las personas que le antecedieron a ella, que fue pacífica, tranquila e ininterrumpida.

"*Cuarta.*—Que sobre la base jurídica de cualquiera de las peticiones anteriores o de todas lógicamente, se condene a la Nación, actual poseedora material, a restituírle *in corpore* a la parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, el lote de terreno relacionado en el hecho 1º de esta demanda por la ubicación, medidas y linderos allí establecidos o por los que se comprueben en el juicio.

"*Quinta.*—En subsidio de la condena pedida en la súplica anterior, solicito: Que se condene a la Nación, actual psoeedora material a restituírle *in corpore* a la parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, las partes o porciones del terreno en cuestión, que la entidad demandada no ha deteriorado o transformado en canales o caños u ocupado con edificios u otras obras para el servicio del puerto local de Barranquilla (Terminal fluvial) o con otras obras nacionales, por las ubicaciones, medidas y linderos que se comprueben en el juicio; y, que de la misma manera se condene a la Nación a pagarle en dinero a la citada parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, las otras partes o porciones del mismo lote de terreno que es objeto de esta demanda que la Nación ha deteriorado y transformado en canales o caños permanentemente ocupados por las aguas, o con edificios destinados al servicio del puerto local de Barranquilla o para cualquiera otro servicio público nacional, en desarrollo y cumplimiento de las disposiciones tomadas en el Decreto Ejecutivo número 2210 de 22 de diciembre de 1932, en la Resolución número 223 de 1932 emanada del Ministerio de Industrias, o en Decretos Ejecutivos posteriores al primero, por haberse puesto la entidad demandada por su hecho, culpa y claro provecho en imposibilidad de hacer la restitución *in corpore* de estas partes o porciones del terreno referido, debiéndose decretar el pago del valor o precio de ellas con arreglo a las ubicaciones, medidas, y linderos y avalúos que aparezcan comprobados en el juicio, o por los avalúos que fuere menester hacer por separado, si a ello hubiere lugar.

"*Sexta.*—En subsidio de lo impetrado en la petición anterior o Quinta, y para el caso de que la Nación se haya puesto en imposibilidad de hacer la restitución *in corpore* a la parte demandante, de las porciones o parte del terreno descrito en el hecho 1º de esta demanda que no ha deteriorado y transformado en canales o caños permanentemente ocupados por las aguas o con edificios para el servicio del puerto local de Barranquilla (Terminal), de la higiene de dicho puerto o de cualquiera otra obra nacional, o por cualquiera otra causa que aparezca demostrada en el juicio, pido que se condene a la entidad demandada a pagarle en dinero a la parte demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, el valor o precio de todo el lote de terreno en cuestión y también el valor de las mejoras que en él existían al tiempo de haber entrado a poseerlo materialmente la Nación, reputándolo baldío, por la situación, medidas y linderos y avalúos que aparezcan comprobados en el juicio, o por separado en el caso de una condena en abstracto".

Como hechos fundamentales de la acción se aducen los siguientes:

"1º La causante de la sucesión ilíquida para quien se pide en esta demanda, señora *Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley*, adquirió de Alfredo D'Costa Gómez, según consta en la escritura pública número 1577 de 13 de diciembre de 1917, otorgada en

la Notaría Primera de este Circuito, que fue registrada bajo el número 1517, página 364 del Tomo número 3º del Libro de Registro número 1, el 18 de diciembre de 1917, el lote de terreno que está situado al este de esta ciudad, en el lugar llamado La Loma, del perímetro urbano de Barranquilla, que tiene la figura de un exágono irregular y que mide por su pequeño lado norte, ciento veintiocho metros (128 m.); por su mayor lado norte, trescientos treinta y ocho metros (338 m.); por su lado este, ochenta y cinco metros, quince centímetros (85,15 m.); por su mayor lado sur, doscientos diez metros (210 m.); por su pequeño lado sur, ciento cuarenta y un metros, ochenta y ocho centímetros (141,88 m.); y por su lado oeste, que cierra la figura, ciento cincuenta y un metros, ochenta y ocho centímetros (151,88 m.), y linda: Al norte, sur y este, con terrenos de los sucesores de Manuel María Bula y Victoria Ojeda de Bula; y al oeste, con el antiguo caño de La Tablaza, hoy caño abajo.

"2º Alfredo D'Costa Gómez había adquirido de Rafaela Bula Ojeda de Armenta, por escritura pública número 1525, de 12 de diciembre de 1916, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito".

"3º—Rafaela Bula O. de Armenta había adquirido el terreno en referencia, por adjudicación y como equivalente a sus derechos en común en un terreno de mayor extensión, según consta en la escritura pública número 1081, de 4 de diciembre de 1915, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito".

"4º—El terreno de mayor extensión a que se alude en el punto anterior, lo habían adquirido en común y por onceavas partes José Antonio Bula O., Manuel María Bula O. Victoria Francisca Bula O., Candelaria Bula O. de Manjarrés, Rafaela Bula O. de Armenta, Amelia Bula O. viuda de Welpley, Elena Elvira Bula O. Mercedes Bula C., Aníbal Segundo Bula O., María Cleotilde Bula O. de Palacio y Miguel Angel Bula O., en el sucesorio doble de sus legítimos padres don Manuel María Bula y señora Victoria Ojeda de Bula, surtió en el Juzgado 3º del Circuito de Barranquilla, cuya sentencia de fecha 9 de junio de 1915, fué registrada bajo el número 95 del Tomo 1º, página 190 del Libro de Registro de Causas Mortuorias, el 17 de junio de dicho año, y el expediente del juicio fué protocolizado por medio del instrumento público número 519, de fecha 17 de junio de 1915, otorgado en la Notaría Segunda de este Circuito".

"5º—Manuel María Bula había adquirido el terreno de que trata el punto anterior, por parte de varias personas hasta haber constituído un solo globo de cuarenta hectáreas más o menos, así:

a) De Enrique Sirmthal, un potrero sembrado de paja con extensión de diez cabuyas poco más o menos, por instrumento público número 47, de 25 de abril de 1888, otorgado en la Notaría 2ª de este Circuito, el cual había adquirido el vendedor Sirmthal del propio señor Manuel María Bula, por medio de la escritura pública número 136, de 17 de noviembre de 1885, pasada en la Notaría 2ª de este Circuito;

b) De Clemente Mendoza, un potrero sembrado de paja por las medidas y linderos que se detallan en la escritura pública número 101, de 8 de abril de 1889, de la Notaría 1ª de este Circuito, que el vendedor había adquirido de Cayetana Hernández, según consta en la escritura pública número 58, de 14 de marzo de 1889, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito. Cayetana Hernández lo había adquirido de Narciso Charris Fandiño, por instrumento público número 167, de 12 de julio de 1888, otorgado en la Notaría Primera de este Circuito;

c) De Nicolás Urrego, un potrero, según aparece de la escritura pública número 173, de 10 de julio de 1891, de la Notaría 2ª de este circuito;

d) De Federico Pérez Rosa, el terreno alinderado en la escritura pública número 88, de 1º de abril de 1892, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito. Federico Pérez Rosa lo había adquirido de Fernando Avendaño, por escritura pública número 12 de 9 de febrero de 1887, de la Notaría Primera de este Circuito. Fernando Avendaño había adquirido este terreno de Manuel Ezequiel de la Hoz, según se acredita en el instrumento público número 207, de 24 de octubre de 1884, otorgado en la Notaría 2ª de este Circuito. Manuel Ezequiel de la Hoz, lo hubo de Miguel Bula, por escritura pública número 92 de 9 de abril de 1884, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito;

e) De Tomás M. Dawson, un terreno descrito en la escritura pública número 215 de 16 de mayo de 1893, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito;

f) De Clemente Fernández, un terreno alinderado y descrito en la escritura pública número 142, de 9 de marzo de 1894, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito;

g) De Matías Barraza, un terreno descrito en el instrumento público número 334, de 16 de junio de 1894, otorgado en la Notaría Primera de este Circuito;

h) De Luther H. Welpley, un terreno alinderado y descrito en la escritura pública número 737, de 19 de septiembre de 1903, otorgada en la Notaría

2ª de este Circuito. Luther H. Welpley, hubo este terreno de Manuel María Bula, según consta en la escritura pública número 44, de 24 de enero de 1896 de la Notaría 2ª de este Circuito;

i) De Manuel María Palacio el terreno descrito en las escrituras públicas números: 252, de 16 de junio de 1908 y 361, de 8 de julio de 1910, ambas otorgadas en la Notaría 2ª de este Circuito. Manuel María Palacio había adquirido estos terrenos de Eusebio L. Villa por escritura pública número 226, de 2 de junio de 1908, de la Notaría 2ª de este Circuito. Eusebio L. Villa los hubo (una parte) de Juan de D. Pasos, por escritura 683, de 27 de agosto de 1900, de la Notaría 2ª de este Circuito. Juan de D. Pasos, hubo de Eusebio L. Villa, por escritura número 261, de 23 de junio de 1898, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito. Eusebio L. Villa y Juan de D. Pasos, adquirieron de Manuel C. Villalobos, según se acredita en la escritura pública número 173, de 3 de mayo de 1898 otorgada en la Notaría Primera de este Circuito; y Manuel C. Villalobos, había adquirido por medio del instrumento público número 102, de 2 de marzo de 1898, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito, de Manuel María Bula;

j) Finalmente, la sucesión de Manuel María Bula, representada por sus herederos, adquirió de María Teresa Avendaño un terreno situado como los anteriores en el lugar llamado La Loma, jurisdicción de este municipio, según consta en la escritura pública número 10 de 3 de enero de 1914, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito. María Teresa Avendaño había adquirido en el sucesorio de su legítima madre, señora Teresa Donado de Avendaño, surtido en el Juzgado 2º de este Circuito y cuya sentencia de fecha 26 de septiembre de 1913, fué inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla, bajo el número 19º, página 282 del Tomo I del Libro de registro de Causas Mortuorias, el día 4 de octubre de 1913; y el expediente de dicho sucesorio se protocolizó por medio de la escritura pública número 1247, de 8 de octubre de 1913, otorgada en la Notaría Primera de este Circuito. A su vez, la sociedad conyugal Avendaño Donado, a la cual pertenecía María Teresa Donado de Avendaño, había adquirido en virtud de sentencia judicial, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el día 1º de abril de 1917 e inscrita en la Oficina de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla, el 24 de julio de dicho año".

"6º—La señora Amelia Bula O. viuda de Welpley y sus antecesores en el dominio del inmueble en cuestión, mantuvieron en él la posesión material e inscrita realizando la explotación económica de que dan cuenta los títulos inscritos que se dejan relacionados, es decir, cultivando el terreno de pastos artificiales, manteniendo en él ganados dentro de cercos de madera y alambre de púas, etc., hasta principios del año de 1933 en que entró a poseerlo la Nación, reputándolo, baldío o de propiedad del Estado en las condiciones expresadas en el Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932, sin que antes de poseerlo se hiciera la calificación judicial de la propiedad privada alegada por la parte demandante en este juicio".

"7º—En el citado Decreto Ejecutivo se destinó el terreno en referencia para hacer en él las obras del puerto, local de Barranquilla (Terminal fluvial); y en virtud de tal destinación, la entidad demandada, deterioró una parte, la transformó en canales o caños permanentemente ocupados por las aguas y otras obras, y la otra parte se halla sin obras pero bajo la vigilancia de los empleados de la Intendencia Fluvial, y parece que a última hora, también bajo la vigilancia del Ministerio de Guerra, pudiéndose observar que las mejoras que allí existían fueron destruídas al verificarse los trabajos indicados".

"8º—En el mencionado Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932, que corre publicado en el Diario Oficial número 22.172, de 27 de diciembre de dicho año, como ya se ha dicho, se destinó para las obras aludidas "los terrenos baldíos que se encuentren en la isla del río Magdalena, ubicada en dicho Municipio y comprendida dentro de los siguientes linderos: Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado de los Tramposos; por el este, el mismo río Magdalena; y por el oeste, el caño denominado de Las Compañías", también llamado de La Tablaza. Por el Ministerio de Industrias se dictó la Resolución número 223 en la cual se determinan los mismos linderos señalados anteriormente y en dicho Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932".

"9º—El lote de terreno que se describe en el hecho 1º de esta demanda, está ubicado dentro de la zona de mayor extensión delimitada en el punto anterior, y tanto ésta como el lote de terreno a que se contrae esta demanda, están situados dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla".

"10º—Parece que por reciente disposición del Gobierno Nacional se destina una porción del terreno alinderado en el Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932, para hacer unos cuarteles para el Ejército Nacional, y que es posible que con esta

última providencia se afecte otra parte del lote de terreno que es objeto de este juicio, lo cual se comprobará en el curso de éste, en forma afirmativa o negativa".

"11º—Actualmente los terrenos delimitados en el Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932, no tienen las condiciones geográficas de una isla, porque las aguas del caño de Los Tramposos (límite sur de dichos terrenos) no hacen contacto con las del río Magdalena. Entre ambas se interpone una faja de tierra de más de cien metros de extensión. El caño de Los Tramposos fué ampliado y se puso en contacto con el río Magdalena bifurcándolo por medio de trabajos con dragas y otros elementos modernos; pero al paso de las grandes avenidas periódicas del río que cubren ahora algunas porciones de La Loma o terrenos anegadizos y que antes la cubrían toda, todos los caños se tapan con los sedimentos de las aguas, y cuando las del río toman su nivel común, que es muy bajo en relación con las orillas de La Loma. Esta se compone no sólo de la faja de tierra alinderada en el citado Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932, pues, hacia el sur, se encuentran la porción territorial colocada entre el caño de Los Tramposos y el caño del Mercado, llamada Barranquillita, y otra situada entre dicho caño del Mercado y el caño de la Ahuyama; caños todos que han sido obra del hombre, que para conservarlos en contacto con el río Magdalena es necesario dragarlos constantemente a fin de que no se conviertan en canales muertos y en fuentes de epidemias en la ciudad tal como ha ocurrido en muchas ocasiones. De manera que los terrenos de La Loma no son una isla impuesta por la naturaleza en la orilla occidental del río Magdalena, y si alguna vez ha tenido esa figura geográfica ha sido por obra del hombre. Precisamente y porque La Loma, situada en el perímetro urbano de esta ciudad, sufre periódicamente las contingencias del río Magdalena, antes expresadas, es por lo que los higienistas la han denominado "Zona Negra" de Barranquilla y sobre ella se ejecutan actualmente grandes trabajos de higienización y relleno a cargo del Instituto de Malariología".

"12º—En relación con algunos terrenos ubicados en La Loma del perímetro urbano de Barranquilla, que la Nación había entrado a poseer como baldío y con destino a algunas obras de interés nacional, el Tribunal, la Honorable Corte Suprema de Justicia ha pronunciado algunos fallos en favor de los particulares afectados, con aplicación del artículo 7º de la Ley 200 de 1936".

Y en derecho se dijo fundamentarla en el "artículo 7º de la ley 200 de 1936; Código Civil: Libro 2º, título 7º capítulos 1º y 2º; Título 12 Libro 2º, Capítulos 1º, 2º, 3º y 4º y todos los concordantes de la obra citada. Ley 200 de 1936. Código Judicial: Libro II, Título XVIII, capítulo I y demás concordantes de esa obra", y además en doctrinas de esta Corte en relación con la citada Ley 200.

Aceptada la demanda y surtido el traslado de rigor al Fiscal Primero del Tribunal, éste lo descorrió negando los hechos para proponer finalmente "las excepciones perentorias de prescripción, ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante y la de todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió".

Trabada así la litis, y adelantado el juicio por los trámites que le son propios con producción de pruebas únicamente por parte de los actores, el Tribunal le puso fin a la primera instancia con la sentencia de fecha 26 de septiembre de 1950, en que con el voto disidente de uno de sus miembros, se declara que es de propiedad de la sucesión ilíquida de la señora Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley, representada por sus herederos, el lote de terreno que está ubicado en el lugar denominado "La Loma", del perímetro urbano de Barranquilla, alinderado como se indica en el hecho primero de la demanda y del cual está en posesión la Nación, y, además, que no se accede a ordenar su restitución por cuanto la Nación lo tiene ocupado con trabajos públicos nacionales.

En cuanto a las demás peticiones relacionadas con el pago de dicho lote, declaró ser incompetente para conocer de ellas.

Contra esta decisión se alzaron las partes, en razón de lo cual llegó acá el referido juicio, en donde una vez cumplido el trámite de la segunda instancia, con producción de nuevas pruebas por parte de los actores, y presentación de alegatos de ambas partes, se procede a resolver lo que fuere legal.

Competencia de la Corte

En relación con este tópico de la competencia de la justicia ordinaria para conocer de acciones encaminadas a obtener la indemnización o pago de las zonas ocupadas por la administración, con destino definitivo a trabajos públicos, como acontece en este juicio, esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de fijar su criterio al respecto, en desacuerdo con el muy autorizado parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil, en siete consecutivas

decisiones pronunciadas a partir de mayo del año pasado, en juicios similares, o con modalidades semejantes al actual, y con referencia precisamente a litigios originados por causa de la ocupación de varias zonas de terreno, por parte de la Nación, del tan conocido predio o lugar denominado "La Loma", ubicado en el área urbana de la ciudad de Barranquilla, y con destino a las obras del Terminal marítimo de allí. Tales decisiones, en orden cronológico fueron dictadas en los siguientes juicios: Andrés García y otros contra la Nación, 23 de mayo de 1951. Arturo Fabio Manotas contra la Nación, 6 de julio de 1951. José Antonio Bula contra la Nación, 4 de agosto de 1951. Julio Angulo B. contra la Nación, 10 de junio de 1952. Paulina Ester Roca Insignares contra la Nación, 15 de julio de 1952. José Antonio Bula contra la Nación, 20 de agosto de 1952. Sara Isabel Roca de Cepeda contra la Nación, 30 de agosto de 1952, y finalmente, Sociedad Comercial A. Noguera & Comp. Sucs. Ltda. contra la Nación, 27 de septiembre último.

Estima la Sala innecesario reproducir en toda su integridad los fundamentos expuestos en aquellas providencias que acaban de citarse, para ratificar como hoy lo hace, la doctrina jurisprudencial sentada con referencia a la competencia de la justicia ordinaria para conocer de acciones, como las ejercitadas en el presente caso, remitiéndose en consecuencia a lo expuesto en los fallos citados, y limitándose a reproducir la tesis central, sentada en el indicado fallo de 4 de agosto de 1951, (juicio de José A. Bula contra la Nación) sustentada luégo en los posteriores, y precisada aún más en la sentencia de 10 de junio del presente año, que puso fin al juicio de Julio Angulo B. contra la Nación. Se dijo en aquella oportunidad:

"De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una *simple reparación de daños*, producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños, los que se siguen de una *ocupación*, que por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resultan ser de *índole puramente transitoria o temporal;* peró que son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio, porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (artículo 995 C. C.), antes que de una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla".

El dominio privado del terreno

Para comprobar el dominio privado del lote de terreno, materia del litigio, se aducen 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 2210 de 1932 consideró como baldíos y destinó al servicio público nacional, para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, una zona de terreno, dentro de la cual se encuentra el lote materia de la presente acción.

Tales extremos aparecen plenamente establecidos con los elementos que el *a quo* relaciona de manera fiel, exacta, en los siguientes pasajes del fallo en estudio y que la Sala acoge por conformarse a la verdad procesal:

"En autos aparecen demostrados los siguientes extremos: Que el terreno materia del litigio ha sido motivo de transacciones desde hace más de treinta años como consta en la cadena de títulos obrante en autos; que la causante de la sucesión ilíquida para quien se pide en esta demanda, señora Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley, adquirió de Alfredo D' Costa Gómez por escritura pública número 1577 de 13 de diciembre de 1917 el lote de terreno materia de esta litis ubicado en La Loma; D' Costa Gómez lo adquirió a su vez por escritura pública número 1525 de 12 de diciembre de 1916 de Rafaela Bula Ojeda de Armenta; ésta lo adquirió por adjudicación y como equivalente de sus derechos en común en un terreno de mayor extensión, como consta en la escritura pública número 1081 de 4 de diciembre de 1915; este terreno de mayor extensión que se ha mencionado, fué adquirido en común por varias personas en el sucesorio de Manuel María Bula y señora Victoria Ojeda de Bula, surtido en el Juzgado Tercero del Circuito de esta ciudad, cuya sentencia de 9 de junio de 1915, fué protocolizada por instrumento público número 519, de 17 de junio de 1915. Manuel María Bula adquirió el inmueble adjudicado a sus herederos, por parte de

varias personas, como consta en los respectivos instrumentos que obran en autos; aparece la diligencia de inspección ocular practicada por el Magistrado sustanciador, doctor Flórez Romero, en asocio de los peritos ingenieros, doctores David Moreno Escobar y Federico Prieto Namías, quienes en su dictamen manifiestan que el lote materia de la litis fué identificado dentro de la zona territorial denominada "La Loma" que está ubicada dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla. Obran también en autos las declaraciones de los señores Mauricio Heilbron y Julio Angulo Roncallo, rendidas ante el Magistrado sustanciador, en las cuales dicen los deponentes que el señor Manuel María Bula poseyó una porción de terreno en La Loma, que ejercía actos de dominio y posesión, desmontaba y cortaba yerbas. Que después de la muerte del señor Bula, esos terrenos pasaron a sus herederos. Dicen igualmente que conocieron a la señora Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley y les consta que ella estaba antes del año de 1933 en posesión material de una parte del terreno que antes poseía el señor Manuel María Bula, situado en las cercanías del Caño de las Compañías o de la Tablaza y del caño de los Tramposos y que dicha señora verificaba trabajos de desmonte, y mantenía cultivos de pastos artificiales; obran igualmente los certificados números 1595 de 29 de agosto de 1946 y el número 2071 de 4 de agosto de 1948 expedidos por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla".

Consecuencia obligada de los hechos demostrados en este juicio, es reconocer que el lote de terreno materia de la litis, es de propiedad privada, a la luz del artículo 7º de la ley 200 de 1936, sobre cuya significación y alcance esta Sala ha tenido oportunidad de referirse en los fallos atrás relacionados.

Ahora bien: que el lote de terreno a que este juicio se contrae está en poder de la Nación, es un hecho plenamente establecido, mediante el dictamen de los expertos que intervinieron en la diligencia de Inspección ocular practicada en dicho terreno por el Tribunal, con fecha 19 de mayo de 1950 (fs. 16 a 22) y con las declaraciones rendidas por los testigos Mauricio Heilbron y Julio Roncallo (en la primera instancia); Daniel Castillo y Santiago Rozo E. (en la segunda instancia) quienes dando razón de sus afirmaciones expresan que la ocupación y los trabajos, se iniciaron desde fines del año de 1932 y principios de 1933.

Los peritos ingenieros que intervinieron en la referida diligencia de inspección ocular, de común acuerdo expresaron lo siguiente, en relación con el estado actual del lote y ocupación definitiva de una parte de él, con obras públicas nacionales:

"Después de que se hicieron las obras del puerto por el Gobierno Nacional, este terreno quedó dividido en tres porciones: una, de extensión de ocho mil ciento setenta metros cuadrados (8.170 m2.) que quedó situada en la banda oriental del Canal 'A', en la llamada 'Loma Nº 2' en el plano de las EE. PP. Municipales, dentro de la cual no hay actualmente hecha, obra alguna; otra de extensión de veinte mil treinta y seis metros cuadrados (20.036 m2.) que fué dragada por el Gobierno Nacional, y que se encuentra ocupada por las aguas permanentes del Canal 'A'; y la otra, de quince mil metros cuadrados (15.000 m2.), que está ocupada en una parte, la mitad, por el Malecón del puerto y la zona de cargue y descargue, y la otra mitad, en la cual no hay actualmente obra alguna, y está encerrada por una paredilla que ha puesto el Gobierno, en toda la orilla de su lindero occidental".

De conformidad con la preinserta manifestación de los expertos, procede ordenar la restitución de una de las tres porciones en que quedó dividido el lóte a que este juicio se contrate, o sea de aquella de una "extensión de ocho mil ciento setenta metros cuadrados (8.170 m2.) que quedó situada en la banda oriental del Canal "A", en la llamada "Loma Nº 2" en el plano de las EE. PP. Municipales, dentro de la cual no hay actualmente hecha obra alguna", esto es, por no estar afecta tal porción a obra alguna de servicio público. Las otras dos porciones de 20.036 y 15.000 m2. cada una respectivamente, se encuentran según lo afirmado por los expertos, transformada u ocupada la una por las aguas permanentes del canal "A", debido a dragados del Gobierno, y la otra ocupada en parte por el Malecón del puerto y la zona de cargue y descargue, y el resto de ella encerrada por una paredilla dispuesta por el Gobierno, hecho éste indicativo de ser necesaria esa parte, aún sin edificaciones u obras especiales, para el servicio del Terminal, en cuyo caso la restitución de esas porciones no puede decretarse, por oponerse a ello razones superiores al interés público.

Avalúo de los terrenos

Sobre el particular, los peritos ingenieros David Moreno Escobar y Federico Prieto Namias, rindieron el siguiente dictamen: "Estimamos que la porción de quince mil metros cuadrados (15.000 m2.), en parte de la cual está hecho el Malecón del

puerto, tiene un valor de cincuenta pesos ($ 50.00) cada metro cuadrado, por estar situada, calle de por medio frente a Bodegas del antiguo Ferocarril de Barranquilla centro muy comercial e industrial de esta ciudad, y porque allí los precios actuales de terrenos muy cercanos, son muchísimo mayores; la otra porción de ocho mil ciento setenta metros cuadrados (8.170 m2.), que está situada en la banda oriental del Canal "A", la estimamos a razón de diez pesos ($ 10.00) cada metro cuadrado de ella, tomando en cuenta el precio corriente de la misma unidad de medida en terrenos vecinos, situados en "Barranquillita" (isla vecina), que es de veinte pesos moneda corriente; y, finalmente, la otra porción del mismo terreno que está ocupada por el canal "A", la estimamos en valor promedio de las otras dos porciones, al precio de treinta pesos ($ 30.00) cada metro cuadrado, pues está situada entre aquéllas.

No obstante la circunstancia de haber expresado los expertos algunas razones como fundamento del avalúo dado a cada una de las tres porciones en que quedó dividido el lote, ciertamente esas razones no satisfacen a la Corte, desde luego que a porciones de un mismo lote se le asignan precios, por metro, tan diferentes, como los de $ 50.00 y $ 10.00 para señalarle a la porción intermedia el promedio de estas dos cantidades, sin expresar una explicación satisfactoria al respecto. Por tal motivo dichos avalúos no pueden ser acogidos por la Sala.

Así pues, la condenación en relación con ese extremo se hará en abstracto, para fijar luégo, mediante el procedimiento indicado por el Art. 553 del C. Judicial, el monto de indemnización debida a la parte demandante, para lo cual los peritos deberán tener en cuenta las siguientes bases:

a) La cabida en metros cuadrados de cada una de las porciones de terreno, cuyo pago se dispondrá en este fallo;

b) Tanto el avalúo catastral como el precio comercial o de venta de terrenos de condiciones análogas, que estén ubicados lo más cerca que sea posible al de la demanda; procurando en todo caso, por estos medios, llegar a un justiprecio equitativo; y

c) La valorización que haya tenido el predio de la demanda por concepto de las obras generales del Terminal o puerto local de Barranquilla, valorización que se descontará para fijar la cuantía indemnizable.

En este estado, es de anotarse que la Corte ha juzgado innecesario ocuparse de las excepciones perentorias propuestas por el señor Fiscal del Tribunal de Barranquilla, porque habiendo sido presentadas en forma vaga y sin la enunciación de ningún hecho resultan a todas luces improcedentes.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º—Confírmase el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Barranquilla, con fecha 26 de septiembre de 1950.

2º—Revócanse las demás declaraciones que contiene dicho fallo, y en su lugar se dispone:

a) Condénase a la Nación a restituír a la sucesión ilíquida de la señora Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley, representada por sus herederos, la porción de terreno con una superficie de ocho mil ciento setenta (8.170 m2.) metros cuadrados, dentro de la cual no hay actualmente obra alguna, y que hacía parte del lote en litigio, la cual quedó situada en la banda oriental del Canal "A", en la llamada "Loma Nº 2", en el plano de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, que obra en autos.

b) Condénase a la Nación a pagar a la sucesión ilíquida de la señora Amelia Bula Ojeda viuda de Welpley, representada por sus herederos, el valor del lote, materia de este juicio, con excepción de la porción que se ordena restituír en el numeral anterior, con la obligación a cargo de aquélla, de transferir a la Nación, en razón de ese pago, el derecho de dominio de tal lote, corriéndole la correspondiente escritura.

La liquidación o fijación del valor del terreno que debe pagarse a la sucesión expresada, se hará en incidente separado (Art. 553 C. J.) de conformidad a lo dicho en la parte motiva.

En los anteriores términos quedan resueltas las pretensiones de la demanda.

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

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE QUE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS SON PROPIEDAD PRIVADA DE UN MUNICIPIO. — LOS BIENES VACANTES, EN GENERAL NO HAN REVERTIDO AL PATRIMONIO DEL ESTADO EN CALIDAD DE BALDIOS

Los bienes vacantes en generál no han revertido al patrimonio del Estado en calidad de baldíos. Durante el régimen federalista, la Nación o los Estados podían adquirirlos y enajenarlos sí, pero previo el trámite de la declaración de vacancia. Cuando en 1887 se dispuso que los bienes vacantes y los mostrencos eran de propiedad de los Distritos, se conservó el mismo procedimiento de adjudicación. La Ley 55 de 1905 adscribió a las autoridades administrativas (los Gobernadores de los Departamentos) la facultad de hacer tales declaraciones de vacancia en favor de los Municipios, y de otorgar el título correspondiente de cesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Ch.)

El doctor Clemente Salazar Movilla, en su carácter de apoderado especial del Municipio de Galapa, presentó libelo de demanda contra la Nación al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a fin de que con el lleno de los trámites propios del juicio ordinario se pronunciasen las siguientes declaraciones:

"*Primera.*—Que el terreno situado en jurisdicción del Municipio de Galapa, conocido en lo antiguo con la denominación de tierras del Resguardo de Indígenas de Galapa, comprendido dentro de los linderos que se determinan en el punto a) de esta demanda, pertenece al Municipio de Galapa, en virtud de ser éste el sucesor legal del antiguo Resguardo de Indígenas de Galapa;

"*Segunda.*—Que en virtud de la escritura número 1447 de 15 de junio de 1926 otorgada en la Notaría Segunda de esta ciudad, en la cual consta que el Municipio de Galapa cumplió con las exigencias de la Ley 55 de 1905, el citado Municipio se hizo dueño titular tanto de la superficie como del subsuelo de las tierras del Antiguo Resguardo de Indígenas de Galapa;

"*Tercera.*—Que el terreno situado y alinderado según se expresa en la parte primera de esta demanda, salió del patrimonio del Estado, tanto su superficie como el subsuelo, por virtud de actos realizados por el Estado, demostrativos de este hecho, con mucha anterioridad a la fecha en que la Nación hizo reserva legal del subsuelo;

"*Cuarta.*—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, el Municipio de Galapa es dueño de la superficie, del subsuelo y del petróleo y sus derivados que se encuentren en los terrenos antes dichos. Y por tanto, tiene derecho a realizar por sí mismo o por conducto de terceras personas, naturales o jurídicas, exploraciones con taladro en busca del petróleo y sus derivados que existan en el subsuelo del globo de tierra precitado;

"*Quinta.*—Que por la misma razón de las declaraciones anteriores, la Nación carece de derecho de aceptar propuestas de contrato para explorar y explotar el petróleo que se encuentre en el subsuelo de los terrenos del Municipio de Galapa, ya que dichos terrenos no son baldíos;

"*Sexta.*—Que en virtud de las declaraciones anteriores, carece de valor, o por mejor decir, queda sin validez legal la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, con fecha diez de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual se declaró sin fundamento la pretensión de la Compañía Socony Vacum Oil Company de Colombia para realizar exploraciones con taladro en busca de petróleo en el subsuelo del globo de tierra llamado Resguardo de Indígenas de Galapa".

Como peticiones subsidiarias se formularon las que siguen:

"Que el Municipio de Galapa, por ministerio de la ley, tiene hoy de manera exclusiva la propiedad

del suelo, subsuelo, petróleos y sus derivados que se encuentren en los terrenos del antiguo Resguardo de Indígenas de Galapa, hoy Municipio del mismo nombre, en virtud de encontrarse vacante el Resguardo dicho. Pero para fijar en nombre del Municipio de Galapa el derecho de propiedad sobre la superficie y el subsuelo de las tierras predichas, debe ocurrirse a la vía judicial para obtener el título respectivo sobre los terrenos ya descritos;

"Que la Nación carece del derecho de aceptar propuestas o de celebrar contratos sobre los terrenos materia de esta demanda. Y en caso de aceptar propuestas o celebrar contratos, es sin perjuicio de los derechos del municipio.

"Que el Municipio de Galapa, es dueño del suelo, subsuelo, de los petróleos y derivados de éste que se encuentren en los terrenos ya dichos, en virtud de la entrega material que se les hizo, y por actos de continuada posesión, desde el año de 1778, fecha de la entrega de las iterras a los naturales y vecinos hasta hoy, lapso durante el cual se ha operado el fenómeno de la prescripción, modo de adquisición reconocido por las leyes que rigieron durante la época colonial, así como por las de la República.

"Que en virtud de la declaración anterior, carece de valor, o por mejor decir, queda sin validez legal, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, con fecha diez de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual se declaró sin fundamento la pretensión de la Compañía Socony Vacum Oil Company de Colombia para realizar exploraciones con taladro en busca de petróleo en el subsuelo del globo de tierra llamado Resguardo de Indígenas de Galapa".

Como hechos generadores de la acción el actor señala los siguientes:

Consta de la diligencia de deslinde verificada en 1778 en los terrenos del precitado Resguardo, que ellos fueron entregados a los naturales bajo estos linderos: "Del punto o paraje llamado 'Fila de Cacaramoa' y con rumbo para el lado de arriba se pasó por un palo de dividive en el camino para el pueblo de Tubará donde se fijó una cruz, pasando luego por la línea de las tierras de Malemba y las de Juan de la Hoz de Mequejo, a llegar á la orilla de la aldea de Juan Mina, pasando de allí á un árbol de Tamarindo y Polvillo en el camino de Galapa para Barranquilla. De los árboles de Tamarindo y Polvillo, cogiendo el rumbo por donde sale el sol se llega al punto conocido con el nombre de Sierra del Indio en el camino de Galapa para Soledad, de allí en rumbo derecho a lomas de Sevilla, donde linda con las tierras del Resguardo de Indígenas de Malambo, i en rumbo para abajo a encontrar las tierras de San José de propiedad particular, en rumbo derecho a encontrar la Loma de Chupa-Chupa. De la Loma de Chupa Chupa, en dirección para la parroquia de Baranoa se llega a los palos de la madera que llaman Olivo, en el camino de Baranoa para Galapa. Y de allí tomando el rumbo por donde sale el sol, se llega a las tierras de San Francisco de Asís de Palatino pasando por Loma de Pital, y rumbo al Cerro de la Mojana, pasando por encima de este Cerro, se lleva a las Ceibas Blancas limitando con las tierras de Tubará o del Resguardo de Indígenas de este nombre. Del paraje de las Ceibas Blancas rumbo de abajo para arriba del lado del poniente se pasa por Loma o Fila de Guaimaral, linderos del Resguardo de Indígenas de Tubará, i se llega en rumbo recto a la Fila de Cacaramoa, donde se comenzó la diligencia".

Se agrega que los terrenos de Galapa se conocen también con estos linderos: "Teniendo la figura de un círculo cuyo radio es de una legua castellana medida desde la puerta de la Iglesia de Galapa, y cuyo diámetro es de dos leguas con centro en la misma puerta de la Iglesia, se precisan los siguientes puntos camino de Galapa a Soledad sobre el plan de la Sierra, un árbol de Cañahuate antiguo; de este punto siguiendo para el Norte se llega a la falda del poniente del Cerro de Sevilla e inclinando el rumbo para la postura del sol, se pasa por lo que fue Sabana de la Cruz; se sale el camino que va para Barranquilla, se sigue pasando por el Jaguey de Loma Arena cabecera de arroyo piedra, bajos de Mamonal a salir al camino de Galapa para Juan Mina en el punto de la Cruz de Dividive y Poza de Regalado; de allí inclinando a la izquierda se pasa en medio de los Achiotes y Loma de Almagre; alante (sic) dejando adentro la Ciénaga de Aguadulce y a la derecha la del Salado, se llega a la antigua posesión de Cantillo en el Pajal. De allí ya en rumbo para el sur y lindando con las tierras de El Carmen o Malemba de propiedad particular se pasa por un montón de piedras, antiguo o mojón, en Cuatro Bocas, hasta llegar a la Cruz del Carmen en el camino de Tubará para Galapa, donde se tocan el Resguardo de los Antiguos Indígenas de aquel pueblo con el de los de éste. De allí lindando con las tierras de Megua de propiedad particular y tirando a la izquierda, se pasa por abajo de Campo Alegre, por Bongo Chiquito, la antigua casa de Arroyo Chiquito ya en rumbo para el Oriente y se llega al Olivo camino de Baranoa para Galapa. De allí inclinando siempre a la izquierda y limitando con tie-

rras de San Blas propiedad de los Comas se pasa por los Potreritos, el Chupa Chupa, volteando al Norte; se pasa por detrás de las Palmas de Segovia dejándolas adentro y lindando con el Resguardo de Malambo Viejo se llega por arriba de la Sierra al punto de partida Cañahuate y Camino de Soledad". Estos linderos corresponden a la siguiente alinderación general del mismo globo: "Por el Norte, con tierras del Distrito de Barranquilla; por el Sur con terrenos de propiedad particular denominados Megua y San Blas; por el Este con terrenos de Malambo y Soledad; y por el Oeste, con terrenos del Distrito de Tubará, o sea del antiguo Resguardo de Indígenas del mismo nombre".

"Los terrenos descritos quedaron abandonados o en vacancia, y en razón de este hecho y en virtud de lo dispuesto por la Ley 55 de 1905, el Municipio de Galapa obtuvo el reconocimiento de su derecho de propiedad sobre ellos, no solamente en cuanto a su superficie sino respecto del subsuelo, "ya que siendo el Resguardo de Indígenas de Galapa dueño del suelo y subsuelo de los terrenos, la Nación no podía hacer reserva de lo que no estaba dentro de su patrimonio".

Asimismo, en virtud de la diligencia de deslinde y entrega de los terrenos del Resguardo de Indígenas de Galapa, verificada en 1778, se cumplió una cesión del derecho de dominio sobre el suelo y subsuelo de aquéllos al Municipio de Galapa por parte del Estado, cuya soberanía estaba en aquella época representada por la Corona Española.

De otro lado, obra a favor de la misma propiedad la explotación económica ejercida desde tiempo inmemorial (1778) hasta hoy por los naturales del vecindario de Galapa sobre los mencionados terrenos, lo que constituye "título suficiente para prescribir de conformidad con las leyes que reconocieron este hecho durante la época colonial y en el período de la República".

El Municipio de Galapa, como dueño del suelo y subsuelo del globo de tierra atrás alinderado, celebró un contrato con la compañía extranjera Socony Vacum Oil Company de Colombia, sobre arrendamiento del mismo con fines a la exploración y explotación del petróleo y derivados que existan en dicho subsuelo; el permiso solicitado por la precitada compañía al Ministerio de Minas y Petróleos para efectuar los trabajos de perforación no fue concedido y el negocio pasó a la Sala de Negocios Generales de esta Corte para que decidiera si eran o no fundadas las pretensiones del Municipio. El juicio breve y sumario fue resuelto por sentencia de 10 de octubre de 1942, en la cual declaró esta misma Sala "no ser fundadas dichas pretensiones".

La presente acción ordinaria se halla dentro del término de dos años que la ley establece en casos como el presente, ya que la fecha de la ejecutoria del fallo de que se ha hecho referencia es del 10 de octubre de 1942.

Como fundamentos de derecho, el actor invoca en lo pertinente las leyes que rigieron durante la Colonia y las de la República. Asimismo, las que rigieron en el Estado Soberano de Bolívar durante el régimen federalista. Las leyes 89 de 1890 y 55 de 1905. Las relativas a los Resguardos de Indígenas, el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 y sus concordantes; los decretos reglamentarios de la ley 160 que se acaba de citar, y, finalmente, las disposiciones del Título 18, capítulo 1º, Libro 2º del C. Judicial.

El fallo del Tribunal

Por sentencia de 26 de julio de 1946 el Tribunal Superior de Barranquilla decidió de esta demanda, negando todas sus peticiones y absolviendo, en consecuencia, a la Nación, de los cargos contra ella formulados.

Apoyó tal decisión el Tribunal en las razones que en seguida se sintetizan:

a) No se acreditó la autenticidad de los títulos acompañados a la litis con el fin de respaldar la pertenencia del suelo y subsuelo de los terrenos del Resguardo de Indígenas de Galapa por parte del Municipio demandante. La circunstancia de que tales títulos provengan de protocolizaciones hechas ante funcionarios públicos no demuestra por sí sola la veracidad de su contenido. Partiendo de esta base el Tribunal concreta así su pensamiento en este particular:

"Probar que determinado globo de tierra salió del dominio del Estado no es un simple hecho que como se dice en el libelo pueda demostrarse por medios materiales, sino con prueba preconstituída y fehaciente. La escritura número 443 no la comporta, porque dentro del juicio no se ha establecido que los documentos de que ella habla sean auténticos, solamente establece que se hizo una protocolización en una Notaría de Cartagena en el año de 1803 y que después fue repetida esa misma protocolización en el año de 1944 (sic); en ninguna de las pruebas aducidas por el actor se encuentra el examen grafológico que debió verificarse para establecer que los documentos protocolizados en el año de 1803 son

auténticos, esto es, otorgados en realidad en la época que rezan...".

b) Se incurrió en una grave irregularidad en la práctica de la diligencia de inspección ocular producida en el término probatorio, por cuanto habiéndose decretado tal diligencia con intervención de testigos actuarios, es el caso de que las dos últimas actas aparecen suscritas por las personas designadas con aquella calidad, bajo el carácter de peritos, a lo cual se agrega la circunstancia de que no se rindió el correspondiente dictamen pericial.

c) La escritura número 1447 de 5 de junio de 1926, por medio de la cual la Gobernación del Atlántico, obrando de conformidad con lo previsto en el artículo 4º de la Ley 55 de 1905, hizo cesión al Municipio de Galapa de la propiedad de los terrenos del Resguardo de Indígenas del mismo nombre, sólo transfirió el dominio sobre la superficie de dicho globo de terreno, toda vez que cuando dicha ley se expidió y se cumplió la transferencia mencionada, se hallaba vigente la reserva estatal del petróleo consagrada en la ley de 28 de octubre de 1873.

Fundamentación del recurso

Tomando como base el contexto de los documentos protocolizados por medio de la escritura número 443 de 2 de junio de 1940 y de las copias expedidas por el Archivo de la Biblioteca Nacional, el señor apoderado del Municipio demandante afirma como hecho inconcuso la existencia del Resguardo de Indígenas de Galapa.

De esta afirmación el doctor Llinás P. concluye que la acción propuesta por el Municipio demandante en el presente juicio se conforma plenamente con la doctrina sentada por esta Corte en fallo de 10 de octubre de 1942, publicado en la GACETA JUDICIAL número 1993-95, páginas 124 y siguientes, según el cual la propiedad de los terrenos constituídos en Resguardo de Indígenas por las autoridades españolas en la época colonial, jamás revertió al Estado, sino que, al quedar abandonados esos terrenos por extinción de tales parcialidades, pasaron a la categoría de bienes vacantes, y en virtud de las leyes dictadas durante la constitución de la Nueva Granada y posteriormente bajo el régimen federalista hasta la expedición de la Ley 55 de 1905 tantas veces citada, fueron los Municipios los legítimos titulares de ese dominio. Esos bienes, pues, jamás volvieron al patrimonio nacional.

Luego de hacer el análisis de la escritura de cesión, concluye así sus razonamientos en este particular el doctor Llinás:

"Al radicarse, pues, en cabeza del Municipio de Galapa, la propiedad titularia de las tierras del antiguo resguardo de su población aborigen, el dominio perfecto y completo, puro y simple, que ésta tenía sobre dicho bien desde antes del 12 de octubre de 1942, pasó al municipio citado sin reserva de ninguna clase", como lo dijo perentoriamente el funcionario colombiano que otorgó la tan mentada escritura número 1447 de 15 de junio de 1926, haciendo una interpretación y una aplicación perfectas de las disposiciones procesales de la Ley 55 de 1905".

Refiriéndose el mismo abogado a la identificación del globo materia de la litis dice que ella se logró en esta instancia de una manera plena, no tan sólo por el reconocimiento de los linderos señalados en el deslinde efectuado en 1778 por el comisionado don Antonio Galindo y los que constan en la escritura de cesión de 1926, sino también por haberse comprobado ampliamente en la misma diligencia de identificación que dichos terrenos se individualizan por su forma circular, propia de las adjudicaciones de resguardos de indígenas.

Concepto de la Procuraduría Delegada

Son tres las razones por las cuales el señor Procurador Delegado en lo Civil solicita la confirmación de la sentencia apelada, a saber:

1ª Por cuanto la parte actora no allegó al juicio copia de la sentencia de 10 de octubre de 1942 que decidió del breve y sumario a que dio lugar la propuesta formulada por la Compañía de petróleos Socony Vacum Oil Company de Colombia para explorar y explotar dicha substancia en los terrenos del Resguardo de Indígenas de Galapa, no es posible determinar que la acción ordinaria de que aquí se trata fue intentada dentro del término de dos años que para ello señala el artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

2ª La documentación titularia aducida en orden a acreditar la propiedad del Municipio de Galapa sobre los terrenos del Resguardo de Indígenas del mismo nombre, particularmente la que se contiene en las copias expedidas por el Archivo Nacional, no constituyen prueba fehaciente de dicha propiedad particular; en esos documentos "no aparece el título otorgado al encomendero Nicolás Barros y Daguerra; ni la cédula relativa a tal enmienda con sus correspondientes diligencias de posesión, regulación de los indios, etc.".

Y en cuanto a las escrituras números 443 y 1447 de que se ha hecho mención, anota el señor Procu-

rador Delegado que estos mismos títulos fueron presentados en el juicio breve y sumario referente a la propuesta de la Compañía Socony Vacum Oil Company para explorar y explotar petróleos en el mismo globo de terreno del Resguardo de Indígenas de Galapa, y en el fallo respectivo de fecha 10 de octubre de 1942 se llegó a la conclusión de que esos títulos no conllevan la transferencia del dominio del subsuelo a favor del expresado Municipio.

De otro lado, apunta el señor Procurador Delegado, tratándose de obtener en el presente juicio declaraciones sustancialmente idénticas a las que fueron objeto de la controversia del juicio breve y sumario, fundadas en los mismos títulos, es forzoso llegar en este fallo a las mismas conclusiones del de 10 de octubre de 1942 últimamente citado.

c) Finalmente, respecto del dictamen pericial, el representante de la Nación reitera las observaciones hechas por él en el curso de la diligencia de inspección ocular acerca de la localización e identificación de algunos de los linderos del globo de la litis.

Cabe observar que al final de su alegato, el señor Procurador Delegado llama especialmente la atención de la Sala acerca del punto tocante a la presentación de la demanda de que aquí se trata, en relación con el término que para ello preceptúa el artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

Relación y estudio de las pruebas

Procurando seguir el orden de colocación, procede la Sala a hacer un pormenorizado análisis de cada una de las pruebas aportadas a esta controversia durante las dos etapas probatorias.

Mas ese estudio deberá iniciarse necesariamente en torno a la cuestión fundamental de la identificación de las tierras objeto de la litis. Porque en tratándose de declaraciones atinentes al dominio del suelo y subsuelo importa primero saber si el globo de terreno se ha logrado individualizar por su ubicación, extensión y linderos, así como también si el inmueble es en todo o en parte el mismo a que se refieren los títulos que como emanados del Estado respaldan las declaraciones impetradas. Así lo ha establecido ya la Corte en repetidas ocasiones, significando, además, que del resultado de tal estudio se podrá hallar procedente o infructuoso el relativo a la validez de los títulos referentes al inmueble en litigio.

Ya se vio cómo el Tribunal no halló mérito probatorio a la diligencia de inspección ocular por él practicada sobre los predios de la controversia, a causa de irregularidades en la confección de las actas. La Sala estima que el problema de la validez o nulidad de la expresada diligencia es cuestión secundaria, porque habiéndose practicado en esta segunda instancia una nueva inspección con el lleno de todas las formalidades legales y con idéntico fin, desaparece por completo la importancia de la prueba desestimada en el fallo que se revisa.

La inspección ocular de esta alzada, solicitada por la parte actora, se llevó a cabo por el Magistrado sustanciador de la época, doctor Aníbal Cardoso Gaitán en asocio de los peritos principales doctores Santiago Guarín y Carlos H. Lacouture, durante los días 30 y 31 de enero y 1º y 3 de febrero de 1947, con asistencia del señor Procurador Delegado en lo Civil y del apoderado del Municipio demandante. En el curso de la diligencia se oyó el testimonio de varios moradores de la región, entre ellos, Isidoro J. Gómez (83 años de edad), Víctor A. Gómez (47 años), Santander Badillo Ojeda (44 años), Pablo Púa (66 años), y Juan Antonio Mariano Velásquez (62 años).

Mediante esta información testimonial se localizaron e identificaron los siguientes linderos citados tanto en la demanda como en la diligencia de deslinde y entrega de los prenombrados terrenos, verificada en 1778. Entre los kilómetros 9 y 10 de la carretera que conduce de Barranquilla a Galapa, el llamado "Arboles de Tamarindo y Polvillo", hallado diez metros al Norte de dicha carretera, cuyo curso es el mismo del antiguo camino de Barranquilla a Galapa; el "Cerro de Sevilla", situado 50º Suroeste del punto anterior; la "Loma del Indio", frente al cerro mencionado. Al sur de la población de Galapa, a corta distancia de la cerca que divide las fincas de "Las Colinas" y "La Aguada", se halló "una pequeña hondonada", sitio conocido con el nombre de "El Pozo de Chupa Chupa", lindero que separa los terrenos de Galapa de los de San Blas. Este punto se localizó a una legua de la población de Galapa. Entre los kilómetros 20 y 21 de la carretera anteriormente citada, se identificó el lindero conocido con el nombre de "El Olivo", que divide las tierras de Megua y las de Galapa, al suroeste; los árboles "Caritas" o "Las Mellizas" que dan nombre al sitio en que fueron localizados, limítrofe con la finca de San Vicente, en la dirección Noroeste; en la misma dirección, se halló otro mojón, cuyo punto de localización se identificó con el nombre de "Bajo de las Palmas" o "Palmas de Segovia", 35º Noroeste de Galapa. Hacia la mitad del camino que conduce de Tubará a Galapa, después de cruzar el Arroyo Granada, fue localizado e iden-

tificado el lindero llamado "La Cruz del Carmen", frontero al cerro de Cacaramoa, en los límites con el Municipio de Tubará. Desde la cima de este último cerro fueron identificados, a distancia, estos otros puntos: Cordillera o Fila de Guaimaral, en dirección sur del cerro; "Loma de la Mojana", la más alta de dicha cordillera; desde la cima del cerro Cacaramoa se precisaron las direcciones de los linderos últimamente citados, así: "Cruz de Dividivi" a 50º Noroeste; "Loma del Indio" y "Cerro de Sevilla" a 80º Noreste; "Chupa Chupa" a 70º grados Sureste; "Palmas de Segovia" a 60º Sureste y "Los Olivos" a 50º Sureste. El personal de la diligencia localizó finalmente los linderos denominados "Cruz de Dividive", "Granada Vieja", el primero de los cuales fue hallado a un kilómetro del caserío de Juan Mina, dividiendo los terrenos de Galapa y los de Barranquilla y "Comunidad del Carmen o Malemba".

Dictamen pericial

La exposición de los expertos, contra la cual no se hizo observación alguna, principia por registrar el hecho de que los principales puntos que sirven de linderos a los terrenos de la litis fueron identificados, comprobándose que forman una figura semejante a una circunferencia, y responden así a las preguntas o cuestiones sometidas a su estudio:

"A) Las tierras conocidas con el nombre de 'Resguardo Indígena de Galapa' que pertenecen hoy al Municipio del mismo nombre, en virtud de la cesión hecha por la Nación y de que se hizo mención atrás, forman una especie de circunferencia, cuyos principales puntos de alinderación están situados a una distancia aproximada de una legua de la Cabecera del distrito.

"B) De la confrontación de la enunciación de linderos que se hacen en las citadas escrituras 443 de 1945 y 1447 de 1926 con los sitios identificados plenamente sobre el terreno, resultó una identidad perfectamente aceptable y que nos llevó a la convicción de que la relación titularia corresponde a reales sitios en el suelo, pues los que en un documento se mencionan y son callados en el otro, se refieren, generalmente, a puntos intermedios, que no tienen ninguna trascendencia para la tarea de identificación del globo.

"C) Del recorrido que hicimos del perímetro de este globo y teniendo como base el plano del Departamento del Atlántico, levantado por el Instituto Geográfico Militar en 1944, pudimos obtener la verificación de que las tierras correspondientes al Resguardo Indígena de Galapa se encuentran situadas entre las de Barranquilla, que les quedan al Norte, las de Soledad y Malambo, que les quedan al Este, las de Megua y San Blas que les quedan al Sur, y las de Tubará y El Carmen o Malemba, que les quedan al Oeste.

"D) Del mismo recorrido que hicimos, de la ubicación, con ayuda de la brújula, de los puntos identificados como linderos y de los testimonios rendidos en forma solemne por los testigos, prácticos conocedores de la región, llegamos a la conclusión de que las tierras del Resguardo Indígena de Galapa forman una figura geométrica perfectamente cerrada, en forma de circunferencia, como queda dicho, pues la observación que hizo el señor Procurador sobre la designación de "Chupachupa" de toda una zona y no simplemente de un punto, no desmejora la situación de la alinderación, pues, como tenemos dicho, a unos cien (100) metros del sitio a donde nos llevaron los prácticos, se encuentra una "loma", en forma tal que ajusta perfectamente la enunciación de los títulos, el más reciente de los cuales, constituído en 1890 ya no habla de "loma" —con la realidad topográfica del terreno y los sitios cuyos nombres forman los límites de estas tierras con las vecinas mencionadas—, pudiéndose afirmar plenamente que las que fueron objeto de la inspección ocular, quedaron completamente identificadas y bien conocidas".

La Sala está de acuerdo con estas conclusiones, porque a no otras se puede llegar del estudio detenido y cuidadoso de las cuatro actas de la expresada diligencia de inspección ocular, llevada a cabo con el método y la técnica que el caso requería, y porque si en verdad aparece que algunos linderos que se mencionan en la escritura número 1447 de 1926 no se citan en la diligencia de deslinde y entrega de 1778, es evidente que tales linderos, como lo apuntan los expertos, se refieren a puntos intermedios que no afectan la continuidad de la línea divisoria recorrida en la precitada diligencia.

Bien es verdad que dentro de la inspección ocular de que se hace mérito el señor Procurador Delegado formuló algunas dudas acerca de la identidad de varios linderos, v. gr., el llamado "Loma de Chupachupa". Mas ya se ve que los expertos explican satisfactoriamente su concepto sobre el reconocimiento de tal lindero, explicaciones que la Sala acoge por encontrarlas aceptables y por no hallar contra ellas la menor objeción por parte de la Procuraduría Delegada que dejó transcurrir en silencio el traslado del experticio.

Los Títulos

Son nada más que dos: la escritura número 443 de 2 de junio de 1944 de la Notaría Segunda de Cartagena, y la marcada con el número 1447, otorgada ante el Notario Segundo de Barranquilla el 15 de junio de 1926.

Da cuenta la primera de que el señor Daniel del Castillo C., vecino de Cartagena, "cumpliendo instrucciones de un vecino de Galapa", presentó para su protocolización, en cuatro hojas de papel sellado del año económico que principió el primero de septiembre de 1837-1838, una copia debidamente autorizada "del testimonio que en mil ochocientos treinta y siete, expidió el escribano público de esta Provincia, señor Joaquín José Jiménez a favor de los señores Francisco de Barros y Mariano Acosta, vecinos del Municipio de Galapa". De los documentos así protocolizados se hace en este título la siguiente relación:

El 4 de octubre de 1837 comparecieron ante el Escribano Público de Cartagena los prenombrados señores Barros y Acosta, y presentaron para su protocolización "el testimonio de unos documentos que en el año de mil ochocientos i tres años libró el Escribano Público Agustín José Gallardo que contiene el decreto del Sr. Gbor. i Comandante Gral. de la Provincia don Juan de Torresal Díaz y Pimienta qe. copiados de las diligencias de su asunto concuerdan con el original:

"Agustín José Gallardo, Escribano Público de esta ciudad de Cartagena de Indias, en quince días del mes de setiembre del año de mil ochocientos i tres años, inserto en Libro protocolo de mi cargo, la actuación que me ha presentado por Blas de Arellano, vecino de la parroquia de Galapa en el partido de la tierradentro de un testimonio qe. a favor de los naturales de aquella parroquia, libró el Capitán Aguerra del partido de Tierradentro D. Antonio Galindo qe. copio: "Señor Gbor. i Capitán Gral. El Fiscal de la Real Hacienda a esta vista dice que no se ofrece estorbo en qe. a los naturales de los sitios de Galapa i Palatuo y sin perjuicios de otros vecinos pobladores, se les señalen las tierras de su Resguardo deslindándolas i amojonándolas con marcas de cal i canto o de otro material de consistencia para seguridad i evitar pleytos i confusiones en lo sucesibo cuya dliga. si V. S. es servido podrá sometêr al Capitán Aguerra del Partido de Tierradentro D. Antº Galindo residente en Soledad o encargar este expdte. al Corregidor del partido para qe. de tiempo de una visita haga se verifique a costa del vecindario. Que así es Justicia. José Antonio Berrío".

"DECRETO. Es proveído en fha. sobre la población de Galapa i Palauto a cuyo efecto se agrega copia del decreto.—Pimienta. Peredo. Mauricio Carrasquilla.—En veinticuatro de febrero hise saber lo provehído al abogado Fiscal de la Real Hacienda pr. medio de su agente. Doy fe. — Carrasquilla. — DECRETO. — Cartagena, 26 de febrero de 1778. Vistos, siendo muy conforme a las leyes nona i décima del título quinto, libro cuarto de las Municipales, que a los nuevos pobladores se repartan tierras para sus ganados i labor en la proporcionalidad i debido sin ecceso en términos de señalarles Dehesas pa. el beneficio común de la población sin perjuicio de los derechos de otros vecinos, se verifique en razonable repartimiento a la utilidad particular de cada población, dejando los demás terrenos que fueron baldíos pa. qe. se hagan otras mercedes en forma regular de acuerdo con lo adbertido en la ley catorce, título siete del mismo libro i bajo de los cargos i condiciones qe. comprenden las leyes primera y subsiguientes del título doce, aplicables en este caso, se comisiona pa. la fundación de cualquier población más en el partido de la tierradentro al Cap. D. Antº Galindo i procederá a señalar los terrenos i linderos repartiéndoles tierras a los naturales pobladores pa. qe. puedan cultivar i aprovechar atendiendo las circunstancias locales a efecto de qe. distribuído el terreno mesero, bajo las condiciones insinuadas puedan venderse los demás terrenos qe. quedaren baldíos con arreglo a las Ordenanzas de su majestad i sin cuyo perjuicio en su real Patrimonio se efectuara esta providencia pa. lo qe. se remite copia de ella al Cap. Aguerra de la Tierradentro D. Antº Galindo para su efectivo i puntual cumplimiento.—Pimienta. Peredo. Mauricio Carrasquilla".

De aquí en adelante continúa la copia en referencia con la inserción del auto de obedecimiento dictado por el comisionado Capitán Antonio Galindo, fechado en Soledad el 6 de marzo de 1778, y las actas de la diligencia de deslinde y posesión de las tierras concedidas a "los naturales" de Galapa y Palauto, cuya población, según reza la misma diligencia, estaba compuesta de 91 familias. Las respectivas actas llevan fechas del 27 al 30 de marzo y 1º de abril de 1778.

A continuación obra el auto aprobatorio del expresado deslinde, dictado por el Gobernador Co-

mandante Gral. de la Provincia de Cartagena de Indias, de fecha 25 de abril del mismo año.

Consta de las anotaciones finales hechas por el Escribano de Cartagena, que el título protocolizado fue registrado y presentado a la Oficina de Agrimensura el 27 de enero de 1831, el cual "concuerda con los documentos qe. como originales se me han presentado y que aún que un tanto deteriorados he corregido y concordado con los de su asunto".

En el segundo de los títulos aducidos a la controversia, esto es, la secritura número 1447 de la Notaría Segunda de Barranquilla, aparece que el señor Martín Pimienta Lozano, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, otorgó:

"Primero.—Que el exponente ejerce en la actualidad el cargo de Fiscal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, según consta de la diligencia de posesión de fecha primero de julio de mil novecientos veinticinco, que en copia autorizada se agrega al protocolo y se copiará además al fin de la presente escritura. Segundo. Que con el carácter antedicho de Fiscal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, interviene el exponente en el otorgamiento de la presente escritura pública y en las declaraciones de transferencia que mediante él se solemnizan. Tercero. Que de acuerdo con la Ley cincuenta y cinco (55) de mil novecientos cinco (1905) y en vista de las pruebas presentadas por el Municipio de Galapa de este Departamento, el señor Gobernador del mismo Departamento del Atlántico ha dado orden al exponente para que en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial otorgue a favor del expresado Municipio la presente escritura de cesión del dominio del globo de terreno de que se hablará en seguida, lo que consta en la Resolución de treinta y uno (31) de mayo del corriente año, proferida por el propio señor Gobernador del Atlántico, la cual, junto con las pruebas que acreditan que el referido terreno conocido antiguamente con el nombre de Resguardo de Indígenas de Galapa fue poseído por los indígenas y luego abandonado por éstos desde principios del siglo pasado, se agrega al protocolo y, además, se copiará en la presente escritura. Cuarto. Que en conformidad con los antecedentes que quedan expuestos, el exponente en su expresado carácter oficial de Fiscal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en nombre y representación del señor Gobernador del Departamento del Atlántico y en nombre de esta entidad y en cumplimiento de la ley cincuenta y cinco (55) de mil novecientos cinco (1905) y de la precitada orden del señor Gobernador del Atlántico, transfiere a perpetuidad y sin reserva alguna, a favor del Municipio de Galapa de este Departamento del Atlántico, el dominio pleno y la posesión absoluta de un globo de terreno que se denominó antiguamente Resguardo de Indígenas de Galapa, situado en jurisdicción de este mismo Distrito, globo que tiene la figura de un círculo cuyo radio es de una legua castellana medida desde la puerta mayor de la Iglesia de Galapa y cuyo diámetro es de dos leguas con centro en la misma puerta de la Iglesia, el cual globo de terreno está demarcado por los siguientes linderos:...." (Aquí ellos, copiados al principio de este fallo).

Durante el término probatorio de la alzada la parte actora solicitó el envío por el Archivo Nacional de varias copias relacionadas con las Ordenanzas de Cartagena, dictadas por el doctor Juan de Villabona Cubiarre, del Consejo de su Majestad y Visitador General de las Gobernaciones de Cartagena, Santa Marta, Valle de Uupar y Antioquia, en orden al "reparo de los agravios que se han fecho a los dichos naturales...". Dichas Ordenanzas conciernen a la administración y organización de las encomiendas de indios, y a la adjudicación de tierras destinadas a sus Resguardos. Según estas reglamentaciones, "junto a los repartimientos y poblaciones de indios de esta provincia ni en término de una legua por cuarquier parte o lado que se considere que contiene y ha de contener en sí tres mil pasos de a cinco pies de a tercia cada uno que hacen cinco mil varas de medir castellanas que les queda a los dichos indios para este efecto de resguardo para sus labranzas y crianzas, comunidades y rozas de la demora...".

Consta del mismo documento, página 26 del cuaderno número 5, que "el pueblo de indios de Galapa, cuyo encomendero era don Nicolás de Barros y Daguerra" constaba de 37 indios "útiles", y el de Palauto, cuyo encomendero era don Jerónimo de Portugal y Córdoba, de 29 indios.

Procedente del Archivo Nacional se hizo traer también varios extractos pertenecientes al Tratado de Indios Naturales de la Provincia de Cartagena, obra debida al historiador don Juan Flórez de Ocáriz, en el cual figuran las encomiendas de Galapa y Palauto y el nombre de sus respectivos encomenderos hasta el año de 1610.

Al folio 45 del mismo cuaderno obra copia de la sentencia proferida por esta misma Sala en 30 de agosto de 1924, en el juicio ordinario promovido por la Nación contra el Municipio de Galapa y Francisco Carbonell W. sobre la propiedad nacio-

nal de los petróleos, gas natural y de cualquier otro producto de análoga naturaleza que se encuentre en los terrenos del expresado Municipio, y para que se declarase la nulidad del contrato suscrito entre los demandados para la explotación de dichas sustancias. En dicha sentencia la Corte declaró que carecían de toda prueba las pretensiones de la Nación, y absolvió al contratante Municipio de Galapa y al contratista señor Carbonell de los cargos de la demanda. Dice así una de las conclusiones de dicho fallo:

"De suerte que no habiendo demostrado el actor que las tierras a que se refiere el contrato sean baldías o que procedan de una adjudicación de baldíos y la fecha en que esto sucediera, no es posible acceder a la primera petición, ni tampoco a la segunda que se hace depender de aquélla".

Consideraciones de la Sala

No halló el Tribunal mérito probatorio a las escrituras números 443 de 1944 en consideración a que se trata de una protocolización de documentos que a su vez habían sido protocolizados en 1803, cuya autenticidad, dijo el *a quo*, debía establecerse por medio de un examen grafológico, sin el cual no podía aceptarse que ellos hubiesen sido en efecto otorgados en la época a que se contraen. Dice el Tribunal a este respecto, fundándose en una doctrina de esta Sala, que "el valor que pueda tener la última protocolización no puede darle mayor fuerza y firmeza de la que en sí tengan los documentos protocolizados, aunque se trate de protocolización de un testimonio de funcionario a quien está confiada la fe pública por mandato de la ley...".

En sentir de la Sala, la interpretación y aplicación dadas por el Triabunal a la doctrina del artículo 2606 del C. Civil con respecto a la escritura en referencia peca por excesivo rigorismo. En efecto, dicho instrumento consiste en la protocolización que hizo el señor Daniel del Castillo ante el Notario Segundo de Cartagena, de una copia "autorizada del testimonio que en mil ochocientos treinta y siete expidió el escribano público de esta Provincia, señor Joaquín José Jiménez a favor de los señores Francisco de Barros y Mariano Acosta, vecinos del Municipio de Galapa...". El mismo Notario de Cartagena señala las características del instrumento protocolizado, entre ellas, la de estar expedido en papel sellado del año económico que principió el 1º de septiembre de 1837 y terminó el 31 de agosto de 1838, afirmación que no sería jurídico poner en duda.

A su vez, la copia presentada por los señores de Barros y Acosta para su guarda en la oficina del Escribano Público de Cartagena el 4 de octubre de 1837, es, según dicho funcionario, "el testimonio de unos documentos que en el año de mil ochocientos i tres años libró el escrivano público Agustín José Gallardo que contiene el decreto del Sr. Gbor. i Comandante Gral. de la Provincia Don Juan de Torresal Dias i Pimienta qe. *copiados de las diligencias de su asunto concuerdan con el original...*". (Subraya la Sala).

Tampoco esta afirmación del antiguo funcionario, cuyas funciones eran las mismas de los Notarios Públicos contemporáneos puede remitirse a duda, mientras no se demuestre la falsedad de dicho instrumento.

El Escribano Público de Cartagena, don Agustín José Gallardo, a su turno, formalizó la protocolización de "la actuación" que con tal fin le presentó en 15 de septiembre de 1803, don Blas de Arellano, vecino de la Parroquia de Galapa. Tal actuación, según lo asienta el nombrado Escribano, consiste en "un testimonio que a fabor de los naturales de aquella parroquia, libró el Capitán Aguerra del partido de Tierradentro D. Antonio Galindo...". En ese instrumento hace constar el mismo funcionario: "I quedando hechos la protocolización de los documentos a que me remito, firmando el interesado en testimonio de verdad en Cartagena de Indias...". Lo transcrito dá a entender que esta primera protocolización se hizo con base en la actuación original o testimonio librado por el Capitán don Antonio Galindo.

La circunstancia de que la escritura en referencia aparezca otorgada por una persona vecina de Cartagena "cumpliendo instrucciones de un vecino de Galapa", esto es, como lo anota el Fiscal del Tribunal; por un ciudadano anónimo, no le resta valor al instrumento público, porque de acuerdo con lo que dispone el artículo 2606 ya citado, toda persona natural o jurídica puede llevar a la protocolización los documentos que quiera se coloquen en el protocolo. Y si se agrega que la protocolización solicitada por el señor del Castillo favorecía de manera exclusiva los derechos de propiedad del Municipio de Galapa, entidad de derecho público, menos se puede decir que dicho título carecía de autenticidad por cuanto no fue presentado al Notario por el propio interesado.

Hay más todavía. El inciso a) del artículo 7º de la Ley 160 de 1936 estatuye que la propiedad particular del petróleo sobre el cual se ha formulado aviso para su exploración y explotación, sólo podrá

demostrarse con la presentación del 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 acrediten su existencia".

De acuerdo con esta disposición, al poder judicial le cabe la autoridad de calificar en el caso de ausencia del título emanado del Estado, si el documento público, expedido por autoridad competente, da fe de la existencia de aquel título, ya por ser copia de éste, ya también porque dá pormenorizada referencia de él.

Si como se ha visto, lo que se protocolizó por primera vez en el año de 1803 ante el Escribano Público de Cartagena, fue la actuación llevada a término por el comisionado del Gobernador de la Provincia del mismo nombre para verificar el deslinde de las tierras que por decreto de 26 de febrero de 1778 fueron destinadas para el Resguardo de Indígenas de Galapa, decreto que aparece inserto en el instrumento público en referencia, no puede hablarse de la inexistencia e ineficacia del título emanado del Estado sin menoscabo de la justicia. La prueba grafológica sobre los originales que don Blas de Arellano presentó para su protocolización en el mes de septiembre de 1803, no es exigencia de la ley. Estos se presumen auténticos para los efectos de que aquí se trata, si la copia o trasunto proceden de autoridad competente, y como así lo son los que la parte actora ha aducido con base en su derecho, el juzgador no puede rechazarlos alegando que ellos carecen de autenticidad, máxime que, como se ha dicho, los respectivos funcionarios encargados legítimamente de su guarda certifican, pues a tanto equivale su declaración, estar de acuerdo con los originales presentados.

Cabe anotar aquí que la Procuraduría Delegada nada dijo en torno a este reparo fundamental del Tribunal, ya que se abstuvo de hacer el más breve comentario acerca de la escritura que ha venido ocupando la atención de la Sala.

Se ha dicho por la parte demandada que en este fallo no es posible llegar a conclusión distinta de la deducida por esta Sala en el de fecha 10 de octubre de 1942 proferido en el juicio breve y sumario originado en la propuesta de exploración y explotación de petróleos en las tierras del Municipio de Galapa de que aquí se trata, por cuanto los fundamentos de aquella acción son idénticos a los que se alegan en este proceso, con base en los mismos títulos, esto es, la escritura de cesión de 1926 y la número 443 de 1940.

Sobre el particular se observa:

Del análisis del fallo en referencia, publicado en la GACETA JUDICIAL número 1994, Tomo LIV-bis, páginas 342 a 347, resulta incuestionable que el juicio breve y sumario de oposición se basó únicamente en el título de cesión número 1447 de 1926, asignándole el carácter de título emanado del Estado. Esta fue la interpertación que la Sala dio a la acción promovida en dicho juicio, como pasa a verse del siguiente párrafo del precitado fallo:

"En los términos anteriores plantea el apoderado de la Compañía avisante el derecho del Municipio de Galapa que ella hace valer al sustentar la prosperidad jurídica del aviso. Es decir, concretamente, en que el Fiscal, autorizado por el Gobernador del Departamento del Atlántico y con apoyo en la ley 55 de 1905, expidió a favor del Municipio de Galapa un título que se considera "emanado del Estado" y suficiente para trasladar la propiedad territorial del Resguardo al Municipio, con la consecuencia de conferir propiedad en el suelo y en el subsuelo petrolífero".

En sentir de la Sala, la acción promovida en este juicio ordinario difiere sustancialmente de la que fue objeto del breve y sumario en cuestión, interpretada en los precisos términos transcritos. Como claramente se desprende de la primera súplica de la demanda ordinaria, el derecho de propiedad del suelo y del subsuelo sobre los terrenos de la litis se hace derivar, no ya de la simple cesión hecha por el Estado previo el juicio administrativo sobre vacancia de que informa la Escritura número 1447 tantas veces citada, sino de las normas consagradas en nuestra legislación anterior a 1873, que de una manera reiterada vinieron reconociendo en favor de los Distritos el derecho a la sucesión en la propiedad de los bienes en situación de vacantes. La escritura premencionada de cesión se la hace valer (petición segunda principal), como concreción del reconocimiento, por parte del Estado, de aquella propiedad legal, una vez que el Municipio de Galapa cumplió los requisitos exigidos por la Ley 55 de 1905 que, dicho sea de paso, estableció un procedimiento administrativo especial en favor de los Municipios para obtener el título de propiedad sobre los inmuebles vacantes, eximiéndolos así de la obligación de obtener del poder judicial la declaración respectiva.

No se explica en otra forma el empeño del actor en traer a este juicio documentos, ya de origen notarial, ya del histórico, demostrativos de la existencia del extinguido Resguardo de Indígenas de Galapa y de la encomienda organizada en él por las autoridades de la Colonia.

Sin que sea necesario ahondar más en la interpretación de la demanda para descubrir su diferencia con la que falló esta Sala en el juicio breve y sumario en mención, conviene ante todo hacer notar que la Corte, de manera uniforme y reiterada, ha venido sosteniendo el principio de que los terrenos que formaron los antiguos Resguardos de Indígenas y que con el correr del tiempo y por virtud de la extinción de las familias aborígenes quedaron en situación de abandono, no son baldíos sino vacantes.

Habiéndose demostrado suficientemente que en el globo de que hoy es dueño titular el Municipio de Galapa, existió un Resguardo de Indígenas conocido con igual nombre; demostrado también que dicho globo de tierra fue asignado y deslindado por las autoridades coloniales para el establecimiento de dicho Resguardo; probado con las declaraciones de testigos incorporadas en la Escritura número 1447 de 1926 que dicho Resguardo se extinguió a mediados del siglo pasado por abandono y desaparición de las familias indígenas que lo componían, y que con base en este hecho el Municipio de Galapa obtuvo en 1926 el título de propiedad a que le daban derecho, no sólo la ley 55 de 1905, sino otras anteriores a ésta, dictadas en orden a regular la sucesión en la propiedad de los bienes vacantes, considera la Sala que el presente caso encaja de manera total y completa en el que definió esta misma Sala de la Corte en sentencia de 10 de octubre de 1942, publicada en el número 1993-95 de la GACETA JUDICIAL, Tomo LIV bis, del cual reproduce aquí los siguientes apartes que son pertinentes:

"Los legisladores de la República al reconocer y confirmar la propiedad de las tierras de los resguardos en favor de la respectiva parcialidad de indios, por repetidas veces, ya de manera expresa y perentoria, según lo hiciera Bolívar en 1820 y el Congreso de Cúcuta, ya en forma implícita en otras ocasiones, sobre la idea de que lo mismo había hecho la legislación española, eran los mejores intérpretes de esta legislación, tanto por su autoridad como porque todavía estaban bajo el dominio de los hechos que ella había creado y establecido, de suerte que estaban en plena capacidad de dar cuenta de lo que ella significaba en la práctica, en contraste con el intérprete de la época contemporánea, que no puede poseer la misma información.

"De consiguiente en sentir de la Sala yerran quienes han sostenido que ni de la legislación española ni de la República, se infiere que a los indios se les haya reconocido **la propiedad de las tierras** de los resguardos. Las leyes de la República no pueden ser más perentorias, sobre todo las primeras. Por eso con sobrada razón dijo esta misma Sala lo siguiente en sentencia de 13 de abril de 1921, publicada en la GACETA JUDICIAL, número 1479, tomo XXVIII, página 344:

" 'Durante la República, pues, no ha declarado la ley que los resguardos no sean de propiedad de los indios, y al contrario, de las disposiciones referentes a ellos se desprende que los ha considerado dueños de los mismos'.

"....

"Las leyes españolas desde el primer momento consideraron a los indios como hombres libres, súbditos de la Corona, con amplia capacidad para poseer y disfrutar de sus bienes de cualquier naturaleza; los indios eran así sujetos de toda clase de derechos, incluyendo el de propiedad, sin ninguna excepción...

"Las leyes de la República no fueron menos expresas en reconocer a los indios su plena capacidad y por ende su personalidad. Con respecto al derecho de propiedad sobre toda clase de bienes se lo otorgaron ampliamente como lo habían hecho las leyes españolas. A este respecto no colocaron los indios en condición inferior a la que tenían los demás ciudadanos. Por ello el derecho pleno de propiedad que tenían en los resguardos se lo continuaron reoonociendo sin cercenamientos ni limitaciones. El Libertador fue claro en decretar que los indios eran propietarios legítimos de sus tierras y resguardos. El Congreo de Cúcuta ratificó el mismo principio. Y si este cuerpo empleó la expresión de que los resguardos 'se repartirán en pleno dominio y propiedad' a los indios de la respectiva parcialidad, no fue porque el legislador de Cúcuta estuviera consagrando la idea de que el derecho de los indios sobre los resguardos era precario, limitado al usufructo —según lo afirmaron tres Magistrados disidentes de la sentencia de Corte Plena que en seguida se va á citar—; pues la expresión entre comillas manifiestamente se refiere al hecho de que la distribución de los resguardos era operación que se decretaba con todos los caracteres de la división de las demás comunidades en que el condómino adquiere el pleno dominio individualizado de la porción asignada; a diferencia de lo que prescribía, según claramente lo advierte el mismo artículo 3º de la Ley de 11 de octubre, 'el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820', de que la división de los resguardos era 'en porciones distribuídas a sus familias sólo para su cultivo'.

"Las leyes posteriores que vinieron a complemen-

tar la de 11 de octubre parten también de la base de que los resguardos eran de propiedad común y plena de los indios. Los artículos 7º y 10 de la Ley de 2 de julio de 1834, reiteran expresamente tal reconocimiento. El 7º habla de que en aquellas 'parroquias en donde se encuentre alguna porción de terreno *perteneciente a los resguardos* destinada al servicio del cura o alguna cofradía o cualquiera obra pía, este terreno no acrecerá a la comunidad, y será dividido y distribuído...'. **Y el artículo 10** sí que no deja lugar a dudas cuando dispone que a las parroquias de indígenas 'que no tienen resguardos se les repartirán las tierras baldías donde se hallen situadas'; lo que quiere decir que como había comunidades de indios sin terrenos propios de resguardos, que habitaban tierras *baldías*, o sea, tierras de la Nación que no eran de los indios, se les debían distribuír también estas tierras, al igual que las tierras de los resguardos que eran de los indios, y no del Estado".

Estas conclusiones, como se ve, dejan nítidamente establecido el principio de que los terrenos asignados como Resguardos de Indígenas, no pasaban a los naturales a título precario, sino con el carácter pleno de dominio a perpetuidad, en igualdad de condiciones respecto de las mercedes o composiciones otorgadas por la Corona Española.

Refiriéndose más adelante la Sala a la tesis de la Sección Técnica del Ministerio de Minas y Petróleos, según la cual las cesiones hechas a favor de los Municipios de las propiedades declaradas vacantes con arreglo a lo dispuesto en la ley 55 de 1905 están afectadas por la reserva del Código Fiscal de 1873, se expresó así en el precitado fallo:

"Empero, la tesis parte de estos errores que es preciso rectificar: 1º Que fuera la Ley 153 de 1887 la única que les hubiera dado a los Municipios la propiedad de los vacantes; 2º Que el reglamento de los vacantes contenido en el Código Civil del año de 1873 rigiera en los antiguos Estados Soberanos; 3º Que los vacantes sean baldíos.

"1º Es evidente, y en ello está conforme la Corte, que conforme a la legislación española que rigió en la época colonial, los bienes mostrencos y los vacantes estaban incluídos entre los de regalía de la Corona, aplicándose indiferentemente una y otra denominación a cualquier clase de bienes muebles o inmuebles abandonados por sus dueños, pues por mostrencos debían considerarse no sólo los ganados y otros animales errantes "sino también —según Solórzano, citado por Ots Capdequi— todo otro cualquier género de bienes, que no tenga dueño conocido, o el que lo fue los hubiese desamparado"; y los vacantes eran los *abintestato*, o sea bienes de toda clase que a la muerte de su propietario quedaban sin dueño, por ausencia de herederos dentro del décimo grado inclusive".

.....

"Pero ya la Nueva Granada, por las Leyes de 19 de mayo de 1834, en el artículo 178, inciso 3º; de 13 de junio de 1844, en el artículo 26; y de 3 de junio de 1848, en su artículo 60, declaró de propiedad de los Municipios los mostrencos o vacantes que se hallaron dentro de determinada extensión de sus límites.

"Vinieron luego las Leyes de 22 de junio de 1850 y 21 de mayo de 1851 que destinaron el producto de los bienes vacantes o mostrencos a acrecentar los fondos para la gradual liberación de los esclavos".

Sobre este interesante tópico, la Sala, además de citar las leyes de 7 de febrero y 2 de junio de 1857, acoge los conceptos expresados por el doctor Bernardo J. Caycedo en su obra "El Derecho al Petróleo en los Bienes Vacantes". De todo ello deduce que los estatutos legales citados no modificaron el principio ya imperante de que los bienes considerados vacantes no entraban a la categoría de baldíos.

Pasando luego a referirse a las disposiciones pertinentes del Código Civil del Estado Soberano de Bolívar, sienta esta conclusión:

"De la reglamentación anterior se deduce este hecho incontrovertible: que el dueño de los bienes considerados como vacantes nunca perdía el derecho de propiedad sobre ellos, mientras no fueran enajenados; eran declarados vacantes, porque no aparecía su dueño; pero si aparecía antes de la enajenación se le restituían los bienes; pues los bienes no se consideraban *irrevocablemente perdidos* para su dueño sino después de ser enajenados.

"Luego la conclusión que se saque de este postulado tiene que ser lógica: si el dueño de los vacantes conservaba el derecho de propiedad hasta la enajenación, el adquirente era sucesor directo e inmediato de aquél en la propiedad, sin que entre los dos se colocara ninguna otra persona que pudiera considerarse adquirente y transmisor de la propiedad vacante".

Síntesis de todo este estudio concienzudo de nuestra legislación republicana en relación con el problema de la irreversibilidad de la propiedad de los inmuebles vacantes, particularmente de los que habían sido de Resguardo de Indígenas, es el siguiente párrafo que por su clara pertinencia en el presente caso se transcribe íntegramente:

"3º Desde el año de 1921 en sentencia de 23 de abril de esta misma Sala de Negocios (GACETA JUDICIAL, tomo 28, página 343) la Corte ha sostenido la doctrina de que los bienes vacantes son fundamentalmente distintos de los baldíos. Esta tesis que es cierta, se refuerza hoy con estos nuevos argumentos, de los cuales también se infiere una segunda tesis, consistente, como va a verse, en que aún de acuerdo con la actual legislación nacional de vacantes, el fenómeno de la transmisión de la propiedad de ellos se opera sin solución de continuidad del anterior dueño del vacante al que lo remata o se le adjudica en el juicio que se sigue para formular la declaración de vacante y disponer del inmueble. Es un principio igual al examinado en el aparte anterior, y que establecía el Código Civil del Estado de Bolívar".

Anota igualmente la Sala en su aludido fallo que de los artículos 675, 706 a 709 del Código Civil de la Unión, aparece muy clara la diferencia que ha venido imperando en nuestra legislación entre las nociones de bienes baldíos y bienes vacantes. Los primeros, según la primera disposición citada, eran todos aquellos que estando situados dentro de los límites de la Nación, "carecen de dueño", en tanto que los segundos eran aquellos que, habiendo sido de un particular, quedaron abandonados por éste. Estos últimos bienes sólo ingresaban al Fisco, una vez que se hubiesen practicado las diligencias conducentes a la declaración de vacancia. (Artículo 1º de la Ley de 7 de febrero de 1857).

Siguiendo este mismo orden de ideas, dice, además, la Sala:

"No de otro modo se concibe el que la Ley al propio tiempo que dicta la norma de que los vacantes y mostrencos son de la Nación— art. 707 del Código Civil— o son de los municipios —art. 82 de la Ley 153 de 1887— le conserva el derecho de propiedad al dueño ausente hasta el momento del remate o de la adjudicación, único momento en que la cosa se pierde definitivamente para su dueño, y ordena seguir un juicio especial para formular concretamente la declaración de vacante y verificar luego la adjudicación o el remate. Así por ejemplo, el Código Judicial anterior al actual, que rigió hasta el año de 1932, decía que si en la "sentencia se declaran mostrencos los bienes, después de ejecutoriada aquélla, se pasará copia a la Corporación Municipal de la localidad a cuyo favor se hayan declarado pertenecer dichos bienes". Y el artículo 843 del Código actual prescribe que el Juez en la sentencia "adjudica los bienes al Municipio respectivo", y que en tratándose de vacantes, "la sentencia se registra en el lugar de su ubicación para que sirva de título de propiedad".

"Lo que confirma la idea de que la ley no es en sí misma título de propiedad de la Nación en las épocas en que los vacantes declaráronse de propiedad nacional, o de los Municipios, cuando la declaración es en favor de éstos, sino la regla abstracta del derecho que ha de servir a la Nación o al Municipio de medio para buscar y concretar en cada caso el título, en su favor; o a favor de particulares, en el caso de que la ley procedimental disponga que se rematen —como sucedía en el Estado de Bolívar— con el objeto de que la Nación, o el Municipio, recojan el producto de la enajenación".

De todo lo anterior se establece:

Los bienes vacantes en general no han revertido al patrimonio del Estado en calidad de baldíos. Durante el régimen federalista, la Nación o los Estados podían adquirirlos y enajenarlos sí, pero previo el trámite de la declaración de vacancia. Cuando en 1887 se dispuso que los bienes vacantes y los mostrencos eran de propiedad de los Distritos, se conservó el mismo procedimiento de adjudicación. La Ley 55 de 1905 adscribió a las autoridades administrativas (los Gobernadores de los Departamentos) la facultad de hacer tales declaraciones de vacancia en favor de los Municipios, y de otorgar el título correspondiente de cesión.

Según rezan las pruebas aportadas a este juicio, las tierras del Resguardo de Indígenas de Galapa, deslindadas por las autoridades españolas en 1778, quedaron abandonadas, por extinción de las familias que componían aquella parcialidad aborigen, al promediar el siglo pasado. En tal situación de abandono se hallaban esos terrenos hasta que en el año de 1926 el Municipio de Galapa, con fundamento en lo dispuesto por la Ley 55 de 1905, solicitó de la Gobernación del Atlántico la adjudicación o cesión de ese inmueble, cuya declaración de vacante fue hecha por Resolución de 31 de mayo de dicho año, proferida por el Gobernador de dicho Departamento. Con base en dicha ley, y en la precitada Resolución, el Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, otorgó la escritura de cesión número 1447 de que tantas veces se ha hecho mención.

Si pues la escritura de que se viene hablando es aceptable como prueba de que las tierras del Resguardo de Indígenas de Galapa cayeron en situación de vacancia al promediar el siglo pasado; si como se ha demostrado de las transcripciones anteriores, los bienes vacantes nunca dejaron de ser

propiedad particular para revertir en condición de baldías al patrimonio del Estado, sino que, por el contrario, las leyes reguladoras de tales propiedades abandonadas por sus dueños requerían una declaración especial de vacancia para poder ser trasladadas al patrimonio nacional o de los Municipios, hecho este último que sólo se cumplió con relación al Municipio de Galapa en 1926, es de toda evidencia que la Nación, desde que tales tierras se adjudicaron a la parcialidad indígena llamada Resguardo de Indígenas de Galapa en 1778, se desprendió de la propiedad de las mismas, las cuales pasaron, en su superficie y en el subsuelo al patrimonio privado de la precitada parcialidad, y luego, sin solución de continuidad, al del Municipio de Galapa, quien obtuvo, conforme a las leyes pertinentes, la declaratoria de vacancia a su favor y con ella la propiedad titularia que se desprende de las cláusulas de la escritura número 1447 de 1926.

Y como ya se vio que tales tierras fueron identificadas en forma aceptable para la Corte, es forzoso concluir que la acción instaurada para que se declare a favor de la entidad demandante la propiedad sobre el petróleo y derivados del mismo que se encuentren en los terrenos materia de la demanda, habrá de prosperar, y que, por tanto, la sentencia apelada debe ser revocada.

No obsta a esta conclusión de la Sala la circunstancia de no haberse traído a los autos copia de la sentencia de fecha 10 de octubre de 1942, recaída en el juicio breve y sumario de que al principio se habló, para acreditar que este juicio ordinario fue propuesto dentro del término de dos años previsto en la Ley 160 de 1936, circunstancia alegada por el señor Procurador Delegado, toda vez que, jurídicamente, ese medio de defensa constituye una excepción que el representante de la Nación demandada debió acreditar en la oportunidad legal.

No sobra advertir, finalmente, que tratándose como se trata del ejercicio de la acción consagrada en el artículo 10 de la Ley 160 de 1936, sobre declaración de propiedad particular del petróleo, a aquélla sola habrá de concretarse el presente fallo, interpretando así el verdadero alcance de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar declara que es de propiedad particular del Municipio de Galapa el petróleo y sus derivados que se encuentren en los terrenos alinderados tal como aparecen en la escritura número 1447 de 15 de junio de 1926, linderos que son los mismos de que trata el hecho a) de la demanda.

En los anteriores términos quedan resueltas todas las peticiones de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

LAS DECISIONES SOBRE PROPIEDAD PRIVADA DE LOS PETROLEOS SOLO SON PROCEDENTES, EN EL CASO DE PROPUESTAS DE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE LOS MISMOS, CUANDO EXISTE SUPERPOSICION DEL TERRENO DEL PARTICULAR EN EL AREA DEL TERRENO DE LA PROPUESTA. — EXCEPCIONES PERENTORIAS TEMPORALES—EXCEPCION DE PETICION ANTES DE TIEMPO

1.—Dentro de la legislación de petróleos, las decisiones sobre la propiedad privada de los mismos sólo son oportunas o procedentes, en el caso de propuestas, cuando existe superposición del terreno del particular en el área del terreno de la propuesta. Y esto, porque lo que se busca es que el petróleo del particular se excluya de la propuesta o de la concesión contratada. En otros términos, la ley ha querido que las controversias sobre petróleos, en el caso de propuestas, estén sujetas al evento ya dicho de la superposición.

En efecto, al decir el inciso segundo del artículo 5º de la Ley 160 de 1936 que "toda persona puede oponerse al contrato propuesto" por otra para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, es preciso entender que el predio del opositor debe estar comprendido dentro de la propuesta, porque el fallo debe resolver "si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición", según lo expresa el artículo 10 del Decreto número 10 de 1950.

Iguales circunstancias se contemplan en casos en que el "presunto dueño del petróleo" no hubiere hecho oposición, ocurrencia en la cual "le quedará el derecho de demandar" a la Nación, en juicio ordinario, ante esta Sala de la Corte, para que se decida igualmente si es de propiedad privada o es del Estado el petróleo que se encuentre en los terrenos del demandante, como se establece en el inciso primero del citado artículo.

2.—La jurisprudencia reconoce que, además de las excepciones que atacan "el derecho mismo en que ella (la acción) se apoya", hay otras que se refieren simplemente a "la manera como este derecho se lleva al juicio" y que estas últimas pueden llamarse dilatorias de fondo o perentorias temporales. Eso es lo que afirma Mattirolo al decir que los defectos de la acción que constituyen la defensa del demandado "se refieren AL DERECHO TUTELADO POR LA ACCION, o son relativas AL MODO DE OBRAR en juicio, o sea, al modo como fue propuesta la acción" y que las excepciones perentorias del juicio no son más que dilatorias del fondo". (Tratado de Derecho Judicial, Tº I, pág. 31). Consecuencia principal de esta doctrina, es que tales excepciones de forma o perentorias temporales, como no se oponen a lo sustancial de la acción, sirven para terminar el juicio, pero no fundan la cosa juzgada, según lo ha expresado la Corte.

3.—No existiendo la oportunidad de proferir un fallo de fondo, porque falta el cumplimiento de la condición prevista por la ley para que la declaración que se demanda pueda hacerse, es preciso reconocer como excepción perentoria temporal, la de petición antes de tiempo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

La señora *Carlota Maya de Castro*, por medio de apoderado, demandá a la Nación, en juicio ordinario, para que se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.—Que los terrenos denominados Sabanas del Retiro o Sabanas Nuevas del Retiro, de propiedad de la actora, determinados en la demanda por su ubicación y linderos, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de título originario del Estado, o sea, en virtud de la merced hecha por la Real Audiencia, con fecha 26 de marzo de 1798, a Juan José del Río, de las tierras que ya en aquella época se llamaban *El Retiro* o *Sabanas Nuevas del Retiro*.

Segunda.—Que en subsidio, los precitados terrenos de propiedad de la actora, determinados en la demanda, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por justa prescripción, en virtud de la explotación económica de esos terrenos desde antes del año de 1797.

Tercera.—Que, por consiguiente, el subsuelo, comprendido en éste el petróleo y demás hidrocarburos de los citados terrenos de propiedad de la actora, denominados Sabanas del Retiro o Sabanas Nuevas del Retiro, es de propiedad de dicha señora.

Cuarta.—Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Nación no puede contratar, como si fuese de propiedad nacional, el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo de los precitados terrenos, con la Compañía Petrolera del Vaupés, proponente de la propuesta número 376, cuya área comprende los terrenos de la actora, ni con ninguna otra persona natural o jurídica.

Hechos de la demanda. — 1. La señora Carlota Maya de Castro es actual propietaria y poseedora inscrita de los terrenos de Sabanas del Retiro o Sabanas Nuevas del Retiro, en virtud de títulos que comprenden un lapso de tiempo mucho mayor que el de la prescripción extraordinaria.

2. Los terrenos dichos fueron dados en merced por la Real Audiencia a Juan José del Río por auto de fecha 26 de marzo de 1798.

3. La merced otorgada el 26 de marzo de 1798 a Juan José del Río por la Real Audiencia de las tierras del Retiro o Sabanas Nuevas del Retiro, lo fue en virtud de las facultades contenidas en la Real Cédula de San Ildefonso, de 2 de agosto de 1780, y con el lleno de los requisitos que para la adjudicación de realengos señalaba ese estatuto.

4. Los mismos terrenos fueron objeto de explotación económica desde antes del año de 1797.

5. Las tierras de El Retiro, de propiedad entonces de Juan José del Río, con todos sus hatos y ganados, quedaron vinculadas, como garantía de una capellanía de 680 pesos de principal, constituída por el mismo del Río y por José Marcelino de Aroca, a favor de la Iglesia Parroquial de Valledupar, en instrumento otorgado ante el escribano Gregorio José Tavera, con fecha 25 de marzo de 1795.

6. El Fiscal de la Real Audiencia, en el concepto que emitió dentro de las diligencias adelantadas para la adjudicación de aquellas tierras, reconoció que se había probado el hecho de su explotación económica.

7. Desde el año de 1797, en virtud de las diligencias de reconocimiento y mensura y levantamiento de la figura del terreno, practicadas por el agrimensor don Antonio Angel García, tales tierras quedaron claramente determinadas por su extensión y linderos.

8. La señora Maya de Castro está poseyendo actualmente esas tierras y ejerce dominio sobre ellas en la misma extensión y por los mismos linderos que se les señalaron en las diligencias de reconocimiento y mensura practicadas en 1797.

9. Finalmente, las tierras de Sabanas del Retiro o Sabanas Nuevas del Retiro han venido transmitiéndose desde el primitivo adjudicatario, Juan José del Río, hasta su actual propietario, la señora Maya de Castro, en virtud de una tradición jurídica irreprochable, comprobada por una cadena de títulos.

Contestación de la demanda.—El señor Procurador se opone a que se resuelvan favorablemente a la parte actora las peticiones hechas en la demanda y, en cuanto a los hechos, manifiesta que no le constan y que, por tanto, deben probarse.

Oportunidad de la acción.—A la propuesta para explorar y explotar petróleos, hecha por la Compañía Petrolera del Vaupés, se hicieron varias oposiciones, entre ellas, la de la señora Carlota Maya de Castro, pero en lo referente a un terreno llamado "Chimora", oposición de la cual desistió. (F. 90 del C. 2).

En tales condiciones, la demanda sobre el predio de que ahora se trata, fúe presentada dentro del plazo de dos años que concede el artículo 10 del Decreto 10 de 1950 (folios 1 v. y 45 v. del c. 1), para el "presunto dueño del petróleo que no hiciere oposición dentro de los términos señalados en el mismo artículo".

Título de propiedad.—La demandante presenta como pruebas de dominio varias escrituras públicas, de las cuales se citan las siguientes:

Por escritura número 271, de 15 de septiembre de 1949, se protocolizó el juicio de sucesión de Raimunda Araújo de Triana, en el cual se le adjudicó a la señora Carlota Maya de Castro, como cesionaria de los derechos herenciales de Ana T. v. de Castro y de Carlos Araújo, el globo de tierra de "Sabanas Nuevas del Retiro" (f. 5 del c. 1).

La señora Maya de Castro había adquirido estos

derechos por compra que hizo mediante la escritura número 32, de 26 de febrero de 1944 (f. 11 ibidem).

La señora Raimunda Araújo Triana adquirió sobre el bien expresado, por adjudicación que se le hizo, como hija de Rafaél Araújo, en el juicio de sucesión de Isabel de Armas, cuya hijuela se registró en 1870 (fls. 3 v. y 18 ibidem).

Y para acreditar que los terrenos de Sabanas del Retiro habían salido del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873, se trajo la escritura número 58, de 27 de septiembre de 1944, por la cual se protocolizó la adjudicación que la Real Audiencia de Santa Fe le hizo a Juan Josef del Río de las "Tierras Nuevas del Retiro", en providencia de 26 de marzo de 1798 (f. 21 ibidem).

Con tales documentos vino, además, un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y privados, del cual aparece que la inscripción de la primera escritura, a favor de la señora Maya de Castro, no se ha cancelado por ninguno de los medios que establece la ley civil (f. 3 del c. 1).

Determinación del terreno.—Sobre este requisito dice el señor apoderado de la actora en su demanda que "queda satisfecho con las diligencias de mensura y reconocimiento del terreno practicadas en los días 16 de febrero de 1797 y siguientes por el agrimensor don Antonio Angel García" y que forman parte de la titulación relacionada en la demanda, y con el plano levantado por el mismo agrimensor y que se inserta en la copia de los títulos. Agrega que la sentencia del Juzgado de la Provincia de Valledupar, de 27 de abril de 1864, señaló como lindero común entre las tierras del Retiro y las de El Boquete, el Cerro de Arteaga, o sea, uno de los linderos o puntos arcifinios señalados en las diligencias de 16 de febrero de 1797.

El apoderado de la actora pidió que se practicara una diligencia de inspección ocular, en asocio de peritos, con tres fines:

Primero, para que localizaran sobre el terreno el globo de tierra de Sabanas del Retiro, "por los mismos linderos que se expresan en las diligencias de reconocimiento y mensura del realengo pedido por Juan José del Río, diligencias practicadas con fecha 16 de febrero de 1797, y teniendo en cuenta, además, en lo posible el plano o figura del terreno levantado por el agrimensor Antonio Angel García";

Segundo, para que dictaminaran "si el globo de tierra localizado así sobre el terreno de conformidad con los datos que suministran las diligencias de mensura practicadas con fecha 16 de febrero de 1797 y la figura o plano de realengo levantado por el agrimensor Antonio Angel García, es el mismo globo de tierra, circunscrito por los mismos linderos, de que es hoy propietaria y poseedora inscrita" la señora Carlota Maya de Castro; y

Tercero, para que expresaran "si los terrenos materia de la propuesta número 376, de la Compañía Petrolera del Vaupés, cuyos linderos están expresados en el Diario Oficial número 26608... quedan cubiertos, en todo o en parte, por el área de los terrenos de "Boquete" y "Hatillo", Sabanas del Retiro y Tierras Nuevas del Retiro... tal como esos terrenos aparezcan determinados en los respectivos planos o croquis que se han ido levantando en esta inspección ocular y que se acompañen al dictamen".

La diligencia se practicó a mediados del año pasado y, como resultado de ella, conceptuaron los peritos:

"...de acuerdo con la inspección ocular efectuada con el Honorable Tribunal de Santa Marta, durante los días comprendidos entre el 23 y el 31 de julio del presente año,... se pudieron localizar cuatro puntos arcifinios, que son 1) "La Horqueta de Maraca", en la confluencia del río Maraca y Tocuy, formando el río Calenturitas; 2) "El Paso de la Barqueta", sobre el mismo río Maraca; 3) "El cerro de Arteaga"; y 4) "El caño de la Navaja". En la descripción en el título correspondiente del lindero Este, figura una longitud de 56 cabuyas o sean 4256 varas castellanas lo que iguala 3558 mts., usando la vara castellana de 0-83.6 mts.; esta medida tomada del paso de la Barqueta sólo llegaría hasta un punto en el Caño de la Navaja, pero en ningún caso cubriría la distancia descrita en los linderos que dice: por todo el Caño de la Navaja hasta su entrada en el río Maracaviejo. De esta circunstancia se deduce que el punto denominado "Saradal", que está a 49 cabuyas o sean 3113.46 mts. del punto C. o "Caño de la Navaja", tampoco se encuentra a la orilla de la madre del río Maracaviejo, puesto que se calcula una distancia aproximada de 16.000 mts. entre la posible situación del punto denominado "Sarandal" y el río Maracaviejo.

"Los puntos el 'Remolino', 'El Lamedero de San Juan' y 'El Caño de la Bomba', son fácilmente replanteables, siguiendo las medidas y los rumbos que figuran en el plano elaborado por el señor Antonio Angel García.

"Contestamos el segundo punto. Según nuestro concepto, el testimonio más fehaciente que hay en

el expediente, es la copia del plano hecho por el agrimensor Antonio Angel García, en 1797, y cuyo original existe en el archivo nacional de Bogotá. Este plano da suficientes datos para conocer con exactitud cuál es la verdadera dimensión del realengo adjudicado al señor Juan José del Río, que comprende una área de 40' 947.580 varas castellanas o lo que es igual a 2861,41 hectáreas, y la descripción que al pie de dicho plano aparece, corresponde a los verdaderos linderos del globo de tierras denominados "Sabanas del Retiro". Hay que observar que en este plano el agrimensor sitúa el punto B sobre el río Maraca, el punto Y en la Horqueta de Maraca y Tocuy, el punto A sobre el río Calenturitas, el punto C. sobre el Caño de la Navaja, pero no menciona que "El Saradal" o sea el punto S, esté sobre la orilla de la madre del río Maracaviejo, como tampoco que el punto C esté en la orilla del mencionado río, por lo cual nosotros, sobre el croquis adjunto, localizamos un globo de tierras que denominamos "Sabanas del Retiro", interpretando en la forma más técnica el plano del agrimensor Antonio Angel García:

"De lo anterior se deduce que los linderos establecidos en la escritura inscrita por la señora Carlota Maya de Castro corresponden a un globo de tierras muy superior al establecido en el plano mencionado del agrimensor Antonio Angel García.

"Contestamos al tercer punto. En el croquis adjunto y de acuerdo con la descripción que figura en el Diario Oficial Nº 26608 del 20 de diciembre de 1947, que establece los linderos de la concesión Nº 376, de la Compañía Petrolera del Vaupés, queda claramente establecido que el globo de tierras denominado "Sabanas del Retiro", no está dentro de dicha concesión" (fs. 26 y 27 del c. 2).

Concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil.—El señor Procurador Delegado en lo Civil comenta el caso, diciendo:

"Está demostrado en juicio que los terrenos que cubre la propuesta número 376 no se superponen al fundo denominado 'Sabanas del Retiro', como lo alega el demandante en juicio. La prueba es concluyente.

"Ahora bien, las normas principales que el apoderado de la actora invoca para fundar en derecho su demanda, hacen parte de los capítulos de las oposiciones y de los avisos. Con la expedición del decreto extraordinario número 10 de 1950, los problemas relativos a esas materias se resuelven hoy mediante juicios ordinarios de mayor cuantía en única instancia, tendientes no ya a declarar directamente fundada o infundada una oposición, sino por modo principal, a decidir definitivamente si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición o del aviso.

"De otra parte, es sabido que el subsuelo petrolífero se presume, en principio, de propiedad nacional. Siendo así, corresponde a los particulares que se consideren dueños de zonas petroleras destruir esa presunción inicial y probar su dominio privado sobre ellas. La oportunidad legal para hacerlo no es otra que aquella en que los presuntos dueños se encuentren avocados a una situación conflictiva y concreta frente al Estado, con ocasión ya de un aviso para explorar y explotar petróleo que se reputa de propiedad privada, ora de una propuesta de contrato con análogo fin, pero respecto del petróleo que el proponente presume de propiedad nacional, y que el opositor estima suyo. Son éstas las dos únicas situaciones en que los particulares pueden hoy, en los ordinarios a que se refieren los artículos 10 y 11 del decreto número 10 de 1950, exigir de los órganos jurisdiccionales un pronunciamiento sobre la propiedad del petróleo en Colombia.

"De no ser así, permitirles, en cambio, exigir de la justicia la declaratoria de dominio sobre terrenos que no son materia del aviso ni de una concesión petrolífera, sería tanto como reconocer, sin institución legal, una especie de acción de pertenencia petrolífera para defender un derecho real privado sobre el que no ha habido asomo de controversia con el Estado.

"En consecuencia, si en las propuestas de contrato no existe la superposición alegada, como no existe en el presente caso, desaparece el interés jurídico del opositor para promover demandas en el sentido de la que está *sub judice*.

"Visto como está que los terrenos denominados 'Sabanas del Retiro' o 'Sabanas Nuevas del Retiro' quedan ubicados fuéra del área que la Compañía Petrolera del Vaupés fijó a la propuesta número 376, la demanda intentada contra la Nación por la señora Carlota Maya de Castro, está condenada al fracaso".

En consecuencia de su anterior concepto, pide que se absuelva a la Nación.

Consideraciones de la Corte

Como se ve de la demanda, se trata en este juicio de la solicitud de que se declare que son de propiedad particular los petróleos que se encuentren en un predio, por haber salido éste "del patrimo-

nio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873", petición que se hace alegando que el área de la propuesta número 376 "comprende los terrenos" de la señora Carlota Maya de Castro.

La parte actora presentó los títulos de dominio que creyó pertinentes para la demostración de su derecho, mas es necesario advertir, como cuestión fundamental para el juicio, que en el proceso se ha demostrado, en forma clara y evidente, que el fundo sobre el cual recaen las peticiones de la demanda no está comprendido dentro del terreno a que se refiere la expresada propuesta de la Compañía Petrolera del Vaupés. En este sentido es terminante el concepto de los peritos, antes transcrito.

Así las cosas, no puede desconocerse que, dentro de la legislación de petróleos, las decisiones sobre la propiedad privada de los mismos sólo son oportunas o procedentes, en el caso de propuestas, cuando existe superposición del terreno del particular en el área del terreno de la propuesta. Y esto porque lo que se busca es que el petróleo del particular se excluya de la propuesta o de la concesión contratada. En otros términos, la ley ha querido que las controversias sobre petróleos, en el caso de propuestas, estén sujetas al evento ya dicho de la superposición.

En efecto, al decir el inciso segundo del artículo 5º de la ley 160 de 1936 que "toda persona puede oponerse al contrato propuesto" por otra para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional, es preciso entender que el predio del opositor debe estar comprendido dentro del de la propuesta, porque el fallo debe resolver "si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición", según lo expresa el artículo 10 del decreto número 10 de 1950.

Iguales circunstancias se contemplan en casos, como el de que ahora se trata, en que el "presunto dueño del petróleo" no hubiere hecho oposición, ocurrencia en la cual "le quedará el derecho de demandar" a la Nación, en juicio ordinario, ante esta Sala de la Corte, para que se decida igualmente si es de propiedad privada o es del Estado el petróleo que se encuentre en los terrenos del demandante, como se establece en el inciso primero del citado artículo.

De esta suerte habiéndose acreditado en este juicio que el predio de la actora está fuéra del área de la propuesta número 376, es claro que no puede dictarse fallo de fondo, absolviendo simplemente a la Nación, ni mucho menos declarando que los petróleos son de propiedad del Estado, pues ciertamente no ha llegado la oportunidad prevista por la ley para dicho fallo de fondo que, como se ha dicho y es forzoso repetirlo, está condicionado al hecho de la superposición de los terrenos.

Pero ya llegados a precisar lo que haya de resolverse, se encuentra la dificultad de que el Código Judicial no habla sino de las excepciones perentorias en general, para declarar que son los hechos que permiten desconocer la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió (artículo 329).

Sin embargo, la jurisprudencia reconoce que, además de las excepciones que atacan "el derecho mismo en que ella se apoya", hay otras que se refieren simplemente a "la manera como este derecho se lleva al juicio" y que estas últimas pueden llamarse dilatorias de fondo o perentorias temporales. Eso es lo que afirma Mattirolo al decir que los defectos de la acción que constituyen la defensa del demandado "se refieren *al derecho tutelado por la acción* o son relativas *al modo de obrar* en juicio, o sea, al modo como fue propuesta la acción" y que las excepciones perentorias del juicio no son más que dilatorias del fondo. (Tratado de Derecho Judicial, tomo I, pág. 31). Consecuencia principal de esta doctrina es que tales excepciones de forma o perentorias temporales, como no se oponen a lo sustancial de la acción, sirven para terminar el juicio, pero no fundan la de cosa juzgada, según lo ha expresado la Corte.

Pues, bien, no existiendo la oportunidad de proferir un fallo de fondo, porque falta el cumplimiento de la condición prevista por la ley para que la declaración que se demanda pueda hacerse, es preciso reconocer como excepción perentoria temporal, la de petición antes de tiempo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de petición antes de tiempo y, en consecuencia, no hace las declaraciones pedidas en la demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

Es claro que el Procurador General de la Nación no puede por su cuenta elegir la acción que haya de intentar, ni mucho menos separarse de las instrucciones del Gobierno y elegir acción distinta de la que se le haya señalado. Mas no resulta admisible que el Gobierno no pueda facultarlo para que escoja o elija la vía procesal más conveniente para los intereses del Estado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintisiete de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

Al correrle traslado de la contrademanda propuesta por el señor Procurador en el juicio ordinario de la **Compañía Empresaria del Camino del Carare S. A.** contra la Nación, alega el apoderado de dicha compañía la excepción dilatoria de "ilegitimidad de la personería del señor Procurador Delegado en lo Civil".

Mas para mejor comprensión del asunto, parece conveniente hacer un breve resumen de las actuaciones principales llevadas a término hasta ahora en el presente juicio.

Actuaciones principales del juicio. El doctor Víctor Cock, como apoderado de la Compañía Empresaria del Camino del Carare, presentó demanda ordinaria contra la Nación, a fines del año pasado, con el fin de que se hicieran algunas declaraciones sobre los contratos de construcción del citado camino.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, al correrle traslado de la demanda, propuso la excepción dilatoria de transacción, que se declaró como no probada, en providencia de 8 de mayo último.

A la demanda le dió respuesta el señor Procurador en escrito presentado el 2 de junio del presente año, en el cual se opone a que se hagan las declaraciones pedida y propone algunas excepciones perentorias.

El propio señor Procurador, en escrito presentado el mismo día y en virtud de la autorización conferida por Resolución Ejecutiva número 70, de 20 de mayo último, presentó demanda de reconvención contra la Compañía Empresaria del Camino del Carare, para que se hicieran otras declaraciones.

Y, en fin, al correrle al apoderado de la Compañía la demanda de reconvención, propuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del señor Procurador Delegado en lo Civil.

La excepción de ilegitimidad de la personería **del señor Procurador Delegado en lo Civil** la hace consistir el apoderado de la Compañía en que dicho funcionario se subrogó "en la elección de la acción, elección que compete al Gobierno Nacional y que ha de ser expresada en la Resolución de autorización, que es acto formal y solemne como cumple a la responsabilidad que implica", sin que resulte admisible que al Gobierno le sea dado delegar tan trascedental atribución".

En derecho funda la excepción alegada en los artículos 171 del código judicial, que faculta a los agentes del Ministerio Público para promover acciones civiles únicamente con orden e instrucciones del Gobierno, y 448 y 450 del mismo código, que consagra la ilegitimidad de la personería de las partes como causal de nulidad.

En apoyo de su tesis invoca el señor apoderado una doctrina de un Tribunal, acogida por la Corte, según la cual "la orden o instrucciones implican... la determinación clara de la acción civil que ha de promover el Agente del Ministerio Público, quien no puede, por esa causa, escoger, cambiar o extender la acción intentada por el Gobierno, desde luégo que entonces se saldría de las instrucciones conferidas".

En escrito posterior y en virtud de haber presentado el señor Procurador la ratificación de lo actuado, alega el representante de la Compañía que ha desaparecido la causal de nulidad y "que no hay lugar al adelantamiento del incidente", pero que al declararlo terminado debe expresarse que así se procede o que "es legítima la personería" solamente por la ratificación del Gobierno.

Consideraciones de la Corte. Es verdad que el artículo 448 del código judicial estatuye que es causa de nulidad en todos los juicios la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o

en quien figure como su apoderado o representante.

Pero la Corte estima que la ilegitimidad de la personería no ha existido en el señor Procurador, aún antes de la ratificación de lo actuado por parte del Gobierno, porque aquel funcionario apenas hizo uso de las facultades conferidas por el Estado para promover "las acciones pertinentes que puedan surgir como consecuencias de las demandas ordinarias intentadas" por la Compañía Explotadora del Carare S. A., como dice la Resolución número 70, de 20 de mayo de 1952 (f. 3 del c. 9).

Es claro que el Procurador General de la Nación no puede por su cuenta elegir la acción que haya de intentar, ni mucho menos separarse de las instrucciones del Gobierno y elegir acción distinta de la que se le haya señalado. Mas no resulta admisible que el Gobierno no pueda facultarlo para que escoja o elija la vía procesal más conveniente para los intereses del Estado, por dos razones elementales:

La primera, porque lo que el artículo 171 del código judicial les prohibe a los Agentes del Ministerio Público es que promuevan acciones civiles "sin orden e instrucciones del Gobierno o del respectivo Gobernador o Alcalde". El sentido natural y obvio de los términos de la ley indica, pues, que lo prohibido es el ejercicio o elección caprichosa de una acción civil, pero no el ejercicio o elección para las cuales se ha recibido orden o autorización.

Y la segunda, porque los Agentes del Ministerio Público, al intervenir en negocios judiciales civiles, proceden a modo de mandatarios judiciales, pues así se establece en el artículo 169 del código judicial al expresar que en tales negocios "se asimilan a los apoderados judiciales". Si por analogía pueden aplicárseles los preceptos relativos al mandato, en cuanto lo permita su especial condición, no se vé por qué el Estado no ha de poder facultarlos para que elijan o escojan la acción pertinente o que consideren más adecuada a determinadas circunstancias como cualquier mandante con su mandatario.

Por lo demás y, como lo acreditó el señor Procurador, en no pocas oportunidades ha procedido en semejante forma el Estado, al comisionar a los Agentes del Ministerio Público para que ejerciten "las acciones que crea pertinentes", o "las acciones del caso", o "las acciones necesarias" para defender los intereses de la Nación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara no probada la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del señor Procurador Delegado en lo Civil, propuesta por el señor apoderado de la Compañía Explotadora del Camino del Carare S. A. y, en consecuencia ordena contestar la demanda de reconvención en el término de dos días.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE ACCIONES ORIGINADAS EN OCUPACIONES POR CAUSA DE TRABAJOS PUBLICOS, CUANDO ESAS OCUPACIONES SON DEFINITIVAS Y EQUIVALEN A VERDADERAS EXPROPIACIONES

Como ya lo dijo la Corte: "Si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la Administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

"Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad, sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble, sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline —a quien cita la Procuraduría—, en estos casos 'el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo la de restitución pues ésto entorpecería el funcionamiento de un servicio público'.

"De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de octubre de de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Barranquilla, en sentencia de 9 de septiembre de 1949, absolvió "a la Nación o Estado Colombiano de los cargos formulados en la demanda" por la señora **Raquel Gómez viuda de de Caro** y por el doctor **Aníbal Campo González.**

La parte demandante interpuso contra dicha sentencia el recurso de apelación y ya se llevaron a término los trámites de la segunda instancia.

Demanda y respuesta

Piden los actores que se declare que les pertenece en común y proindiviso, en la proporción de cuatro quintas partes para la primera y de una quinta parte para el segundo, un terreno ubicado dentro del perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, determinado por los linderos que se indican en el hecho primero de la demanda, con una extensión de diez hectáreas y trescientos metros cuadrados, en el punto de **La Loma,** tanto por tener títulos inscritos otorgados con anterioridad a la ley 200 de 1936, en un tiempo mayor del necesario para usucapir, como por haberlo poseído materialmente durante más de medio siglo.

En subsidio, que en la misma proporción tienen la propiedad de dicho terreno, por tener títulos inscritos y acreditada una posesión material e inscrita, y, además, otros documentos emanados de autoridades legítimas con los cuales se demuestra que dicho lote perdió su calidad originaria de baldío en la superficie, y por haberlo ganado por prescripción en la forma prevista por la ley.

Que, como consecuencia de una de las dos peticiones anteriores, se condene a la Nación a devolverle a los actores la parte de terreno que no ha ocupado el Gobierno Nacional para las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, y el valor del terreno ocupado por el Gobierno Nacional, más el de las mejoras que allí existían.

En subsidio, que se condene a la Nación a pagarles a los demandantes el valor del lote de terreno y el de las mejoras que allí existían y que aún subsisten.

Como hechos importantes de la demanda se anotan los siguientes:

La señora Raquel Gómez viuda de de Caro ad-

quirió en la mortuoria de su esposo, Alfonso de Caro el lote de terreno de que se trata, que hacía parte de otro de mayor extensión, que perteneció a don Pedro Antonio Roca, lote cuyos linderos tuvieron posteriores modificaciones, sin cambiar de cabida, en virtud de contratos celebrados con el doctor Aníbal Campo González y con Eternit Atlántico S. A.

Tales linderos figuran en las escrituras números 1048, de 4 de agosto de 1939, de la Notaría 2ª de Barranquilla, y en la número 1867, de 4 de junio de 1945, de la Notaría 3ª de la misma ciudad.

El doctor Aníbal Campo González adquirió la quinta parte del terreno, según contrato que figura en la escritura número 112, de 20 de septiembre de 1940, de la Notaría 2ª de Barranquilla.

Alfonso de Caro adquirió el inmueble por remate verificado ante el Juzgado 1º del Circuito de Barranquilla, en el juicio seguido contra Luciano Cepeda Roca, según consta en la escritura pública número 1371, de 21 de octubre de 1937.

Los actores hubieron el dominio y posesión material del predio en forma legal y cuantos les antecedieron en la propiedad mantuvieron en él posesión pacífica y tranquila y realizaron actos de explotación económica, durante más de medio siglo.

Pero resulta que, en virtud del decreto número 2210, de 22 de diciembre de 1932 y de la Resolución número 223, de 1932, el Gobierno Nacional destinó para el servicio de las obras del Terminal Marítimo y Fluvial de Barranquilla, una extensa zona territorial, dentro de la cual se incluyó el inmueble que ahora se reclama.

Como el Gobierno Nacional destinó y ocupó para tales obras una parte del lote de terreno de que se trata, se ha escogido el medio sucedáneo de pedir el pago del precio.

El Fiscal del Tribunal contestó la demanda diciendo que no le constaban los hechos, que se oponía a las pretensiones de las partes y que debían reconocerse las excepciones perentorias que aparecieran probadas, "inclusive la de prescripción".

La sentencia admite que los demandantes adquirieron el dominio del terreno mediante los títulos o escrituras que la demanda indica, que vinieron acompañados del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

Pero declara que los actores no demostraron que el lote materia del litigio esté situado dentro del perímetro urbano de Barranquilla, por lo cual no es aplicable a la controversia el artículo 7º de la ley 200 de 1936, que permite comprobar el dominio de un predio **urbano** con títulos inscritos que abarquen un tiempo superior al necesario para la prescripción extraordinaria.

Lo que no resulta aceptable es que el terreno forme una isla natural ni, por tanto, que pueda admitirse la tesis del señor Fiscal del Tribunal, de que se trate de un predio baldío, de los que el código de la materia considera como no adjudicables.

En cuanto a la otra forma de adquisición, no hay prueba en el expediente de la posesión material del inmueble, con actos de explotación económica, por parte de los sucesivos propietarios de que dan cuenta los títulos aportados.

Las alegaciones del señor Procurador.—El señor Procurador dice que el problema aquí propuesto envuelve exactamente la misma cuestión jurídica planteada en los demás juicios sobre predios del punto de La Loma, destinados para el terminal fluvial de Barranquilla. Por ello dá por reproducidos los mismos argumentos que ha aducido en otros procesos de igual índole, y, al efecto, presenta como alegato la copia del presentado en el de Julio Angulo contra la Nación. Y termina por solicitar de la Corte:

Primero, que niegue la acción reivindicatoria, "porque su objeto es un terreno ocupado por un bien de uso público por destinación"; y, segundo, que declare "la incompetencia de la Corte para decretar la obligación personal de indemnizar a los demandantes, a cargo de la Nación".

La tesis central del citado alegato consiste en afirmar que esta clase de negocios es de la "competencia privativa de la rama contencioso-administrativa, que es la escogida constitucionalmente por el legislador para ese efecto".

Alrededor de dicha tesis arguye el señor Procurador diciendo que el Código contencioso administrativo no se opone al artículo 30 de la Carta Fundamental, pues la posesión, que es de lo que se priva en las ocupaciones por trabajos públicos, no es un derecho sino un hecho y que en los artículos 263 y 269 de aquel código se estatuye que de las acciones indemnizatorias con tal motivo debe conocer la justicia de lo contenioso-administrativo.

Tampoco se opone lo establecido en el mentado código a lo que preceptúa el artículo 33 de la Carta para un caso excepcional, como es el de guerra civil o internacional.

En fin, no admite el señor Procurador que el poder judicial o rama jurisdiccional esté formado por la justicia común y nada más y que sea de ésta de la que hablen los artículos de la Constitución antes aludidos.

Se considera:

Ya esta misma Sala ha tenido oportunidad de estudiar los argumentos del señor Procurador, entre otros, en el juicio de Julio Angulo contra La Nación. Por ello parece pertinente reproducir también lo que contra el alegato del Ministerio Público dijo la Corte en aquel proceso.

Comienza la Sala por reproducir lo expresado en fallo de 23 de mayo de 1951, en los siguientes términos:

"Dice el artículo 76 del código judicial que los tribunales superiores conocen en primera instancia "de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado", entre las cuales, indudablemente, están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho código establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (artículo 33, ordinal 2º, artículo 52, ordinal 7° y capítulo XXII del código de lo contencioso), de aquí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante **sentencia judicial e indemnización previa.** Y el artículo 33 estatuye que "en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenezcan al **orden judicial";** agregando, además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente ocupada, y que la Nación será siempre responsable por las expropiaciones que el Gobierno haga por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta, cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respecto de la administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la Administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo defintivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la Administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir a fortiori cuando tales formalidades se han omitido" (Curso Elemental de lo Contencioso-Administrativo, página 163).

Cita en seguida la Sala lo que expresó el fallo de 4 de agosto de 1951, que es del siguiente tenor:

"De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una **simple reparación de daños** producidos a consecuencia de los trabajos mismos, y a los que —desde luégo— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una **ocupación,** que por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de **índole puramente transitoria o temporal;** pero que son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefi-

nida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio. Porque, vuelve a repetirse, tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (art. 955 del c. c.), antes que de una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria a quien constitucionalmente corresponde resolverla".

Después de hablar de la prescripción bienal de que trata el artículo 263 de la ley 167 de 1941, para concluír que la prescripción de las acciones indemnizatorias por ocupación indefinida o definitiva de la propiedad, de que conoce la justicia ordinaria, sigue la norma general de las demás acciones civiles, establecidas por el derecho privado, prosigue la Corte:

"Respecto de las anteriores doctrinas de la Corte muéstrase en total desacuerdo el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien alega que la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no puede equipararse a las expropiaciones previstas por el artículo 30 de la Constitución Nacional, y de otro lado, que este precepto superior, al exigir para las expropiaciones **sentencia judicial,** no debe tomarse en el sentido limitado de decisión de la justicia ordinaria, sino en el más amplio de decisión jurisdiccional".

Luégo de transcribir lo sustancial de las alegaciones del señor Agente del Ministerio Público, prosigue la Corte:

"A pesar de las autorizadas opiniones del señor Samper antes transcritas, estima la Sala que la Constitución de 1886, al exigir para las enajenaciones forzosas **mandamiento judicial,** no se refirió con esta expresión sino a la justicia ordinaria o común, que era el poder judicial por antonomasia, y no a jurisdicciones de carácter especial como la de lo contencioso-administrativo: en primer lugar, porque esta jurisdicción no se instituyó en aquel Estatuto, donde apenas se le dejó a la ley la facultad de establecerla (art. 164); y en segundo término, porque el artículo 1º de la ley 105 de 1931, que es reproducción casi exacta del artículo 1º de la ley 100 de 1892, estatuyó lo siguiente:

"La administración de justicia se ejerce de modo permanente por los Tribunales ordinarios, que son: La Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Jueces Superiores y de Circuito, los Jueces Municipales y los Jueces de Menores.

" 'En casos especiales se ejerce por el Senado, el Consejo de Estado, los Tribunales Militares, las autoridades administrativas y aún por personas particulares, en calidad de jurados, árbitros, etc., que participan en las funciones judiciales, sin que el ejercicio transitorio de esas funciones ni la participación ocasional en ellas incluya a tales entidades, ni a los empleados que la componen, en la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial'.

"De otro lado, si en la reforma de 1945 se establece que 'son ramas del Poder Público la Legislativa, la Ejecutiva y la Jurisdiccional', incluyendo dèntro de esta última rama a las entidades de lo contencioso-administrativo, no por ello es menos cierto que la expresión **judicial** se mantuvo o reservó únicamente para los organismos de la justicia ordinaria o común, como se desprende de las disposiciones de dicha reforma incorporadas como artículos 5º y 159 de la actual codificación constitucional, que en lo pertinente dicen:

" 'Artículo 5º, inciso final: 'La ley podrá crear y suprimir Intendencias y Comisarías, anexarlas total o parcialmente a los Departamentos, darles estatutos especiales y reglamentar su organización electoral, judicial y contencioso-administrativa'.

"Artículo 159, inciso 1º: 'Las calidades exigidas a los funcionarios del Orden Judicial, del Ministerio Público y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo se acreditarán en la forma que la ley determine'.

"Pero si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

"Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad, sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble sino que queda imposiblitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline —a quien cita la Procuraduría— en estos casos 'el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo, la de restitución pues ésto entorpecería el funcionamiento de un servicio público'.

"De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago que tienden a legalizar esa situación

de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada".

Acciones ejercitadas.—Se pide, en el proceso que se estudia, la declaración de que los actores son dueños de un predio y la orden consecuencial de entrega de la parte de terreno no ocupada por la Nación y el pago del valor de la parte ocupada, más el de las mejoras que allí existían. Así, pues, y como en otros casos se ha dicho, es preciso averiguar si están acreditados el derecho de dominio, la identidad del bien y la posesión del demandado, para luégo ordenar la entrega del bien y en qué forma procede ordenarla, en su caso.

Pero como se trata de un particular que reclama su dominio frente al Estado, debe gobernarse el debate por las disposiciones de la ley 200 de 1936, en particular por el artículo 7º de dicha ley que permite acreditar la propiedad privada sobre una extensión territorial **urbana** con títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un tiempo no menor del necesario para la prescripción extraordinaria.

De esta suerte, lo primero que habrá de estudiarse es si se ha probado que se trate de un predio urbano.

Se trata **de un terreno urbano,** porque así lo acreditan las inspecciones oculares practicadas en las dos instancias, con asocio de peritos.

Así, los peritos que concurrieron a la de primera instancia conceptuaron que el predio "queda situado entre la orilla del río Magdalena y el puerto local, es decir, que es un frente fluvial y marítimo en relación con el puerto de Barranquilla... **en cuya área urbana está situado".** (F. 13 v. del C. número 2).

En la diligencia de inspección ocular de la segunda instancia, se tuvieron presentes el decreto número 2210 de 1932 y la resolución número 223 del mismo año, que destinaron los predios de La Loma para el Terminal de Barranquilla, el Acuerdo número 16 dictado por el Concejo Municipal de la misma ciudad, en que se fija el perímetro urbano de la misma y varios planos de la aludida población, y en el acta de la dicha diligencia se lee "que dicho globo de terreno está comprendido **dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla".** (F. 86 del C. número 7).

Y los peritos expresan en su dictamen después de algunas consideraciones:

"El terreno de propiedad de los demandantes, individualizado en el hecho A) de la demanda, **está ubicado dentro del área urbana de la ciudad de Barranquilla,** y las edificaciones más próximas se encuentran colindando con dicho terreno, como lo está la Fábrica Eternit Atlántico, S. A.".

La titulación, en la forma prescrita por el artículo 7º de la ley 200 de 1936, se ha presentado en debida forma. En efecto:

a) La señora Raquel Gómez viuda de De Caro adquirió el inmueble en la sucesión de su esposo, Alfonso de Caro, como quedó protocolizado en la escritura número 1048, de 4 de agosto de 1939, de la Notaría 2ª de Barranquilla (f. 51 v. del C. número 7).

Y el doctor Aníbal Campo González adquirió la quinta parte del inmueble a título de dación en pago, y de la mentada señora de De Caro, por medio de la escritura número 1112, de 20 de septiembre de 1940, de la Notaría 2ª de Barranquilla (f. 45 del C. 7).

Los linderos del predio tuvieron posteriores modificaciones, en virtud de contratos celebrados con el doctor Aníbal Campo González y con Eternit Atlántico, S. A., según consta en las escrituras 1867, de 4 de junio de 1945, de la Notaría 3ª de Barranquilla (f. 41 del C. 7).

b) Alfonso de Caro adquirió el inmueble por remate verificado ante el Juzgado 1º del Circuito de Barranquilla, en el juicio especial seguido contra Luciano Cepeda Roca, según consta en la escritura número 1371, de 21 de octubre de 1937, de la Notaría 3ª de Barranquilla (f. 58 ibidem).

c) Luciano Cepeda Roca adquirió el predio por compra a Paulina Roca Insignares, como consta en la escritura número 774 de 27 de abril de 1926 (f. 65 ibidem).

d) El lote materia del juicio y que hace parte de uno de mayor extensión, fue adjudicado a los herederos de don Pedro A. Roca y de doña Carmen Insignares de Roca en el juicio de sucesión, según consta en la escritura número 1619, de 26 de diciembre de 1913 (f. 71 ibidem y 4 del C. número 4), los cuales hicieron una partición judicial del predio y algunos contratos entre sí.

e) En fin, don Pedro A. Roca adquirió el terreno que pasó a sus herederos, por compra que hizo a diversas personas, como se expresó en las

escrituras números 214, de 26 de octubre de 1887, y 375, de 6 de noviembre de 1889 (fls. 47 y 52 del C. número 4).

Con estas escrituras, debidamente registradas, se trajo también al expediente un certificado del registrador de instrumentos públicos y privados, complementado luego, del cual consta el registro de tales escrituras y la vigencia del realizado a favor de los actores (fls. 67 y siguientes del C. número 4).

La identidad del terreno se estableció debidamente. En efecto, en la inspección ocular de la segunda instancia se identificó la zona de La Loma, así como el predio que reclaman los actores. Después de hacer observaciones sobre el globo de La Loma y las obras construídas en él, reza el acta como sigue: "Se procedió a identificar el lote de terreno que reclaman los demandantes en el juicio y se comprobó y localizó que está ubicado dentro del globo de tierras de mayor extensión que anteriormente se identificó (todo el de La Loma, aclara la Corte). Estas comprobaciones se hicieron con vista y lectura de los planos y escrituras y otros documentos que se relacionan en el despacho comisorio y fueron presentados para tal efecto por el representante de la parte actora" (f. 86 del C. número 7).

Y en su concepto expresan los peritos:

"El lote de propiedad de los demandantes, objeto del juicio, se encuentra dentro de los terrenos descritos en el punto a) de este informe (el globo de La Loma, aclara la Corte). Para su identificación se consultaron los títulos, planos y escrituras citadas en el juicio". Y luego dan los linderos "debidamente comprobados".

La posesión de la parte demandada se comprobó plenamente. En concreto, sobre el predio de que trata este juicio, dice el acta de diligencia que acaba de citarse, que "al identificar este lote de terreno por las medidas indicadas por los peritos, se observó que de una parte de dicho terreno se hallan **en posesión material los demandantes** y que la otra parte está ocupada por un sector del Canal C" (f. 86 ibidem).

Y al contestar la pregunta g) del cuestionario sometido a su consideración, en que se les exige que determinen "las obras que para el puerto local... ha hecho el Gobierno Nacional en el lote de propiedad de los demandantes, detallando las porciones ocupadas con dichas obras y las que no lo estén con las mismas", y si el Gobierno está en posesión de todo el lote o de una parte solamente, contestan los peritos:

"Para las obras del Puerto Local (Terminal Fluvial de Barranquilla), el Gobierno Nacional tomó una faja de cuarenta y cinco mil seiscientos (45.600) metros cuadrados (parte coloreada de azul en el plano que presentamos) para la apertura del canal C que sirve de entrada y salida a las embarcaciones fluviales. Asimismo, ocupó el Gobierno Nacional dos pequeñas fajas (partes coloreadas de rojo en el plano que presentamos) de mil doscientos cincuenta (1.250) y setecientos cincuenta (750) metros cuadrados para uso de los cuarteles del Grupo de Artillería La Popa. El resto del terreno, o sea, cincuenta y dos mil setecientos (52.700) metros cuadrados (parte rayada en el plano que presentamos) **está ocupado por sus propietarios.**

"No hay cultivos ni mejoras en el lote en referencia por ser su superficie inundable por las aguas del Magdalena en épocas de creciente. El valor o precio comercial de las porciones ocupadas por Obras Públicas Nacionales, las cuales tienen una superficie de cuarenta y siete mil seiscientos (47.600) metros cuadrados, es de seis pesos cincuenta centavos ($ 6.50) el metro cuadrado, según el valor comercial que tienen hoy los terrenos aledaños al lote objeto de este juicio" (f. 89 del C. número 7).

La Sala acoge los datos y el avalúo de la segunda instancia, tanto por ser más recientes como por encontrarlos debidamente fundamentados. En cuanto a lo primero, o sea, en lo referente al área ocupada por el Gobierno Nacional y a la no ocupada, dieron los peritos datos claros y precisos y presentaron el plano respectivo que permite apreciar aquellos datos (f. 94 del C. número 7). Y en cuanto a lo segundo, o sea, al avalúo, guarda mejor conformidad con los datos que tuvieron en cuenta los peritos de primera instancia de que la situación del inmueble es privilegiada y de que lotes colindantes no se venden "a menos de seis pesos" y de que otros de la misma zona se venden a diez y seis pesos (f. 13 v. del C. número 2).

Conclusiones. La demanda debe prosperar, porque la parte actora acreditó ser dueña del terreno que reclama como propio, demostró la posesión de parte del terreno en las obras que el Estado ha acometido en la ciudad de Barranquilla, y no queda duda alguna sobre la identidad del bien.

Pero, como ya se ha dicho en otros fallos sobre

predios situados en el punto de La Loma y ocupados por la Nación, no se puede ordenar la entrega de la porción ocupada, pues a esa devolución se oponen razones superiores de interés público, aparte de la imposibilidad física para realizarla. En cambio, se ordenará el pago del valor de la zona ocupada, de acuerdo con el avalúo pericial de la segunda instancia.

No ha de ordenarse la entrega del resto del terreno porque no se probó la posesión material de la parte demandada; al contrario, los peritos dicen que "está ocupado por sus propietarios".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar resuelve:

1º Declárase que es de propiedad de la señora **Raquel Gómez vda. de De Caro** y del doctor **Aníbal Campo González,** en común y proindiviso, en la proporción de cuatro quintas partes para la primera y de una quinta parte para el segundo, el lote de terreno, con una extensión de diez hectáreas y trescientos metros cuadrados (10 h. y 300 m.2), situado en el punto de La Loma, de la ciudad de Barranquilla, y que tiene los siguientes linderos:

"Por el norte, ciento veinticuatro metros veinte centímeros (124.20), con el río Magdalena; por el este, quinientos trece metros cincuenta centímetros (513.50), con terrenos de Paulina y Zoila Roca; por el sur, ciento cuarenta y siete metros cincuenta centímetros (147.50), con terrenos de Paulina y Zoila Roca; y por el oeste, setecientos noventa y seis metros con cincuenta centímetros (796.50), con terrenos de Juan B. Campo y otros".

2º Condénase a la Nación a pagar a los demandantes, en la proporción de sus derechos y mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura, la suma de trescientos nueve mil cuatrocientos pesos ($ 309.400.00), valor de la zona ocupada por la Nación, del anterior predio, para el puerto fluvial de Barranquilla.

3º No hay lugar a ordenar la entrega del resto del terreno, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

JUICIO DE LANZAMIENTO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

Mediante fallo proferido el 24 de junio del presente año, el Tribunal Superior de Cali, le puso fin a la primera instancia del juicio de *lanzamiento instaurado por el Departamento* del Valle del Cauca contra Oscar Solarte, declarando lo siguiente:

"*Primero.*—Por expiración del plazo señalado para la duración del contrato de arrendamiento ajustado por medio de documento del 21 de julio de 1948, *decrétase* el lanzamiento del arrendatario señor Oscar Solarte, mayor de edad y vecino de Cali, del local y dependencia que hacen parte del "*Club Popular de Natación*", situado en esta ciudad, y comprendido por los siguientes linderos: Norte, Carrera 17 Sur; Oriente, calle 7 Sur; Sur, con el Estadio Departamental de esta ciudad; y Occidente, calle 11 sur, de esta ciudad. La restitución se hará al arrendador que lo es el Departamento del Valle, representado por su Gobernador o por la persona que éste autorice para recibir".

"*Segundo.*—Para la práctica de la correspondiente diligencia, se comisiona al señor Alcalde Municipal de Cali, facultándolo para subcomisionar. Se señala un término de diez días para la práctica de la diligencia. Ejecutoriado este fallo se le enviará el expediente original".

"*Tercero.* — *Reconócese* a favor del demandado Oscar Solarte el derecho a retener en su poder lo arrendado por medio del contrato de fecha 21 de julio de 1948, hasta tanto el Departamento le pague o asegure el pago de la cantidad de treinta y siete mil ciento setenta y dos pesos con un centavo ($ 37.172,01) moneda corriente, valor de las mejoras realizadas y de los elementos introducidos por el demandado para el buen funcionamiento de las dependencias del Club, pero con la advertencia de que deberá entregar al Departamento tales mejoras y elementos, muebles, útiles, vajilla, etc., conforme a la relación detallada que aparece en la diligencia de inspección ocular practicada en este juicio el 21 de septiembre de 1951, y de que lo que deje de entregar será deducido del monto de la indemnización que debe pagar el Departamento, por el precio señalado por los peritos que intervinieron en esa diligencia de inspección ocular".

De tal decisión pasa a ocuparse esta Sala de Negocios Generales de la Corte, en virtud del recurso de alzada interpuesto por el doctor Rafaél Navia Varón, apoderado de la parte demandante, surtida como aparece la tramitación propia de la segunda instancia, previa advertencia de no haberse presentado acá escrito alguno sustentatorio del recurso.

En la demanda con que se inició el juicio, se invoca como causa principal de la acción ejercitada por el Departamento, el hecho de haber expirado el plazo de tres años, contados a partir del 1º de julio de 1948, estipulado en el respectivo contrato de arrendamiento, sobre el local y las dependencias que hacen parte del establecimiento denominado "*Club Popular de Natación*", celebrado, mediante documento privado, entre el Gobernador del Departamento del Valle (arrendador) y Oscar Solarte (arrendatario) y además, el haber sido éste requerido oportunamente, conforme a lo previsto allí, para la entrega de dicho establecimiento, sin que la hubiera verificado, y ello, en razón de no estar dispuesto el Departamento a prorrogar ese contrato.

El demandado Solarte, al contestar la demanda por conducto del apoderado constituído al efecto, acepta la existencia del contrato de arrendamiento, lo mismo que el término de su vigencia (tres años), para restarle eficacia probatoria al requerimiento que se le hiciera para la entrega del bien dado en arriendo, precisamente por no haberse verificado de conformidad con el artículo 325 del C. J., sino con aplicación del artículo 1103 ibidem, en razón de lo cual manifestó su oposición a la demanda, agregando que, en todo caso, tiene derecho a ser indemnizado por el importe de las mejoras y arreglos efectuados, y elementos adquiridos para el buen funcionamiento del Club, debiendo de-

jarse la cosa en su poder, mientras el arrendador no le pague, o le asegure su importe, como lo previene el artículo 1995 del Código Civil; y ésto en razón de lo estipulado en la cláusula undécima del contrato.

El Tribunal, según se colige de la preinserta parte resolutiva del fallo apelado, no encontró valederos los reparos formulados por el demandado al procedimiento empleado por el Departamento, esto es, mediante el requerimiento autorizado por el artículo 1103 del C. J., para noticiarlo de su determinación de no estar dispuesto a prorrogar el contrato, para decretar, como lo hizo, el lanzamiento del arrendatario, del local indicado, estimando que, conforme al contrato, el arrendamiento había terminado, y así mismo, reconociendo el derecho de retención del demandado, hasta tanto el Departamento le pague, o asegure el pago de las mejoras realizadas, y de los elementos adquiridos por aquél, para el buen funcionamiento del Club, por la cantidad estimada pericialmente dentro del juicio, acatando así lo estipulado por los contratantes al respecto.

Ambas partes durante el término probatorio del juicio solicitaron y obtuvieron la práctica de una diligencia de inspección ocular, con intervención de peritos, a las dependencias del *"Club Popular de Natación"*, mediante la cual se constataron las mejoras realizadas y los elementos introducidos por el contratista Solarte —según afirmación de éste— para el buen funcionamiento del Club, de acuerdo con la amplísima autorización de que dá cuenta la cláusula *Undécima* del respectivo contrato, concebida en los siguientes términos:

"El Contratista queda autorizado para adquirir todos los elementos necesarios para el buen funcionamiento del Club, así como para hacer las instalaciones y arreglos que estime convenientes, todo lo cual será adquirido por el Club al terminar la vigencia de este contrato. Para este efecto, el Club y el contratista nombrarán sendos peritos para el avalúo de tales elementos e instalaciones".

Esas mejoras y elementos fueron avaluados pormenorizadamente por los mismos peritos en la cantidad total de *treinta y siete mil ciento setenta y dos pesos con un centavo* ($ 37.172.01) moneda corriente tal como aparece en el acta respectiva y en el dictamen rendido por los peritos en forma acorde (folios 15 a 22 vuelto, cuaderno de P. del demandado), sin que hubieran hecho las partes objeción en cuanto al avalúo comercial de esas mejoras y elementos que, al decir del demandado, se repite, fueron realizadas e introducidos por él para el buen funcionamiento del Club, limitándose el apoderado del Departamento a expresar que tales elementos pertenecían en su mayoría a dicha entidad.

En el presente caso, el demandado Solarte ha comprobado con las declaraciones rendidas por Domenico Rosatti, Daniel Artunduaga, Rubén Zapata y Luis Romero, haber realidazo a sus propias expensas las mejoras constatadas durante la inspección ocular, en cuyo caso, de acuerdo con lo estipulado en la preinserta cláusula *Undécima* y lo prevenido por el art. 1995 del C. Civil, se hace preciso reconcerle el derecho a retener en su poder lo arrendado hasta tanto el Departamento del Valle le pague o asegure su importe conforme al avalúo pericial emitido. Y en cuanto a los muebles y demás elementos que el demandado afirma haber introducido en desarrollo del contrato, observa la Sala, que si bien es cierto que tales muebles y elementos pueden considerarse como mejoras, dada la índole del establecimiento materia del arrendamiento, justificándose también por este aspecto el derecho de retención de la cosa arrendada, no aparece en cambio la prueba pertinente de esa afirmación del arrendatario. Empero, como el artículo 1109 del Código Judicial permite que esa prueba se aduzca antes de la entrega *"o al tiempo de hacerse ésta"*, no hay obstáculo legal para que en el caso de autos el demandado, en momento de restituír la cosa arrendada al Departamento, suministre la prueba que aquí se echa de menos.

Lo dicho es suficiente para rechazar el parecer del Tribunal, de ser preciso aceptar en todo su valor la afirmación del demandado de que todo fué realizado y adquirido con dineros suyos.

Las mejoras, cuya realización por el demandado aparecen establecidas, son las siguientes, con su respectivo avalúo:

"Cocina, hornilla y mesas de ferroconcreto .. .. ..

33½ m2, pared en zoga para cerrar gradería	134.00
Patio, continuación muro de cierre, puerta y grifo (mejora)	147.15
Nevera de ladrillo, cemento y ferrocon-creto de 6 compartimentos	1.200.00
1 mostrador, 3 mesas para servicio cantina alacena y barandal	400.00"
TOTAL .. ..$	8.538.49

Por lo demás, la Sala acoge los conceptos emitidos por el *a quo*, en la parte del fallo destinada a demostrar que el contrato, base de la acción, no es otro que el de arrendamiento, definido por el artículo 1993 del Código Civil.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia' —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

Revócase el numeral 3º de la parte resolutiva de la sentencia proferida en este juicio, por el Tribunal Superior de Cali, con fecha 24 de junio del presente año, materia del recurso de apelación, y en su lugar, se dispone:

RECONOCESE a favor del demandado Oscar Solarte el derecho a retener en su poder lo arrendado por medio del contrato de fecha 21 de julio de 1948, hasta tanto el Departamento le pague, o asegure el pago de las mejoras realizadas por él, para el buen funcionamiento de las dependencias del *Club Popular de Natación*, conforme a la discriminación hecha en la parte motiva de esta providencia, mejoras cuyo avalúo asciende a la cantidad de *ocho mil quinientos treinta y ocho pesos con cuarenta y nueve centavos moneda corriente.*

Sin costas en ambas instancias.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles, con salvamento de voto—**Jorge García Merlano,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. LUIS RAFAEL ROBLES

El derecho de retención que consagra la ley en favor del arrendatario se extiende al costo de las mejoras útiles, cuando en ellas ha consentido el arrendador (artículos 1994 y 1995 del C. C.). Pero no se extiende a elementos o bienes que no sean propiamente *mejoras*, aunque el arrendador haya autorizado su adquisición. Y ésto porque siendo el derecho de retención de carácter excepcional, no puede aplicarse sino a los casos especialmente previstos por la ley.

Entre los elementos que dice el arrendatario Solarte haber adquirido para el Club Popular figuran registradoras, radios, tocadiscos, micrófonos, etc., que en ningún sentido pueden considerarse como *mejoras*, aunque se trate de un establecimiento que normalmente requiera esos servicios.

Desde este punto de vista está expreso aquí mi desacuerdo con el siguiente párrafo de la sentencia anterior:

"Y en cuanto a los muebles y demás elementos que el demandado afirma haber introducido en desarrollo del contrato, observa la Sala que si bien es cierto que tales muebles y elementos deben considerarse como mejoras, dada la índole del establecimiento materia del arrendamiento, justificándose también por este concepto el derecho de retención de la cosa arrendada, no aparece en cambio la prueba pertinente de esa afirmación del arrendatario. Empero, como el artículo 1109 del Código Judicial permite que esa prueba se aduzca antes de la entrega "o al tiempo de hacerse ésta", no hay obstáculo legal para que en el caso de autos el demandado, en el momento de restituír la cosa arrendada al Departamento, suministre la prueba que aquí se echa de menos".

En mi concepto sí hay obstáculo legal para la retención del inmueble arrendado en razón de los elementos de que habla la Sala, pues a mi juicio esos elementos no pueden aceptarse como *mejoras*. El arrendatario tendrá derecho a que el Departamento se los pague de acuerdo con el contrato, si efectivamente los adquirió para el Club Popular; pero ello es cosa distinta a que sea procedente por este aspecto la retención del inmueble, que es a la conclusión a que llega la Sala en este negocio.

Luis Rafael Robles.

SANCIONES DISCIPLINARIAS A ABOGADOS — NO SE PUEDEN IMPONER AL MISMO TIEMPO VARIAS DE LAS PENAS DE QUE TRATA EL ARTICULO 9° DE LA LEY 69 DE 1945

La Corte estima que las penas de que trata el artículo 9 de la Ley 69 de 1945 no pueden acumularse, en el sentido de imponer varias de ellas al mismo tiempo. Y ello porque, si bien es cierto que las tres clases de sanciones allí previstas están unidas por la conjunción copulativa "Y" fácilmente se advierte que se trata de un lapsus del Legislador: ya porque las distintas penas van en orden ascendente, de acuerdo con la gravedad de la falta; ya también porque la suspensión del derecho a ejercer la abogacía por un tiempo, resulta incompatible con la cancelación de la matrícula, que son las dos últimas sanciones de que trata el artículo mencionado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En sentencia de fecha tres de mayo del corriente año, dictada en estas diligencias contra el abogado José J. Arango por el Tribunal Superior de Medellín, se relacionan así los hechos de que dan cuenta los autos:

"Rodolfo Montoya T. aceptó una letra a favor de Ricardo Peña S., girada en Dabeiba el 3 de diciembre de 1949, por novecientos veinticuatro pesos ($ 924.00) y sus intereses, pagadera en la misma plaza de su expedición, a doscientos cuarenta (240) días fecha. Vencida la obligación el 3 de agosto de 1950, y por cuanto el acreedor no aceptaba el pago, Montoya manifestó al Juzgado Civil del Circuito de Frontino, en memorial de 7 de septiembre de 1950, su propósito de pagar por consignación el resto del valor de la letra mencionada, a la cual afirmó haber hecho un abono de cuatrocientos pesos, imputables al capital. Es decir, ofreció consignar la suma de quinientos veinticuatro pesos, con sus intereses al uno por ciento mensual, a partir de la fecha del vencimiento de la obligación, que fué el 3 de agosto de 1950. Se dió traslado al acreedor Peña, quien contestó que ya él había cedido la letra a Félix A. Padierna, y que lo que adeudaba Montoya T. no era la suma de $ 524.-00 e intereses, sino la totalidad de la cifra expresada en la cambial, es decir, la suma de $ 924.00 con intereses. Que no era cierto lo del abono por $ 400.00, ni por ninguna suma, porque él (Peña) no había recibido nada a cuenta del crédito, y que ignoraba si al cesionario Padierna se le había hecho pago parcial de la misma. Se opuso consiguientemente a que se autorizara la consignación. En memorial de 2 de noviembre de 1950 Peña confirió poder al abogado José J. Arango para que lo representara en las diligencias sobre pago por consignación promovidas por Montoya T. El Juzgado autorizó la consignación de la suma ofrecida por el deudor, quien puso esa cantidad a disposición del Juzgado. Posteriormente el abogado Arango, junto con el señor Angel M. Echeverri, apoderado de Montoya T., manifestó al Juzgado que había llegado a una transacción referente a esa controversia. Que consecuencialmente Arango desistía de la oposición a la oferta de pago por consignación hecha por el doctor Montoya. Ambos solicitaron que se le entregara al abogado Arango la suma consignada en el Juzgado para el pago, entrega que fué base del arreglo. El memorial de desistimiento fué presentado el 31 de marzo de 1951. Pero como el acreedor Ricardo Peña había fallecido el 20 de febrero del mismo año, su viuda Fidelina Dávila, obrando en su propio nombre y en el de sus hijos impúberes Herlinda, Héctor, Hernando y Ricardo Peña Dávila, confirió poder al citado José J. Arango para que los representara en las aludidas diligencias de pago por consignación. El Juzgado aceptó el desistimiento formulado por los señores Echeverri y Arango a nombre de sus respectivos representados, y ordenó que se entregara a este último (a Arango) la suma de quinientos treinta pesos consignados por Montoya, por concepto de capital e intereses, es decir, por la parte aún insoluta de la obligación. El 16 de mayo de 1951 el Juzgado entregó dicha suma al señor Arango.

"Posteriormente y en demanda presentada el 23

de octubre de 1950 el señor Félix A. Padierna instauró juicio ejecutivo, también ante el Juzgado Civil del Circuito de Frontino, contra el mencionado Rodolfo Montoya T., exigiéndole el pago de la suma de $ 924.00 y sus intereses, constantes en la ya citada letra de cambio girada el 3 de diciembre de 1949 a favor de Ricardo Peña S. y a cargo de Montoya. En tal instrumento Padierna figura como cesionario, en virtud del endoso que le hizo el primitivo beneficiario Peña, el 11 de diciembre de 1949. El Juzgado libró el mandamiento de pago a cargo de Montoya y a favor del ejecutante Padierna por la suma endosada. Al notificársele al ejecutado el auto de apremio el 8 de febrero de 1951, manifestó que la suma debida por concepto de la obligación que se le estaba exigiendo, la tenía precisamente consignada en el mismo Juzgado. Adelantado ya el juicio ejecutivo, Padierna confirió poder al abogado José J. Arango para que lo representara en dicha diligencia. Arango aceptó el poder y con el carácter de tal ha venido actuando en el juicio".

Frente a estos hechos comprobados, y después de comentar las explicaciones del abogado Arango, el Tribunal enjuicia ampliamente su conducta, para llegar a la conclusión de que "ha faltado gravemente a la delicadeza y decoro profesionales y se ha hecho acreedor a las sanciones de la ley", por cuyas razones o motivos termina así su sentencia, dándole aplicación al artículo 9º de la ley 69 de 1945:

"Por haber faltado gravemente a la delicadeza y decoro profesionales, condénase al abogado señor José J. Arango, mayor y vecino de Frontino, a las siguientes penas:

"1ª—A pagar a favor del Tesoro Nacional la multa de doscientos pesos ($ 200.00); y

"2ª—A la suspensión del derecho de ejercer la abogacía por el lapso de dos años".

De la expresada sentencia se concedió apelación al inculpado, por lo cual vino el asunto a esta Sala de la Corte, donde ya ha recibido la tramitación correspondiente. En esta etapa no se sustentó el recurso, y apenas alegó el señor Procurador Delegado en lo Civil, pidiendo la confirmación de la providencia reclamada.

Para resolver, se considera:

En este informativo está debidamente acreditado que el abogado José J. Arango actuó como apoderado de Ricardo Peña en las diligencias sobre pago por consignación promovidas ante el Juez del Circuito de Frontino por el señor Rodolfo Montoya, encaminadas a la cancelación de la letra de 3 de diciembre de 1949 de que dan cuenta los autos; que en esas diligencias el doctor Arango llegó a un arreglo con el apoderado de la contraparte, a virtud del cual el Juzgado del conocimiento ordenó entregarle la suma de quinientos treinta pesos ($ 530.00), consignados por Montoya como saldo definitivo de la expresada letra (f. 17 v. del cuad. Nº 1); y que esta suma fue efectivamente recibida por Arango, según él mismo lo confiesa en los siguientes términos:

"También es cierto que la cantidad de quinientos treinta pesos ($ 530.00) moneda legal que recibí yo como apoderado de la viuda y de los hijos de Ricardo Peña fueron consignados por Rodolfo Montoya T., en el juicio de pago por consignación de dicho Montoya contra Ricardo Peña" (f. 21 del cuad. Nº 1).

Pero al propio tiempo, también está comprobado en estos autos que el abogado José J. Arango, a pesar de su actuación anterior, no halló luégo inconveniente para representar al señor Félix A. Padierna en el juicio ejecutivo seguido por éste contra Rodolfo Montoya, ante el Juzgado del Circuito de Frontino, relacionado con el cobro de la misma letra de 3 de diciembre de 1949 de que se ha venido hablando, la cual aparece endosada a Padierra con fecha 11 del mes antes citado. En este juicio Arango hizo denuncio de bienes, juró el denuncio y obtuvo el embargo de un inmueble por auto de 7 de abril de 1951 (fs. 8 y v. del cuad. Nº 1).

A manera de explicación de su doble conducta, el abogado Arango se ha expresado en los siguientes términos, en audiencia llevada a cabo en estas diligencias:

"Padierna es tenedor en debida forma de una letra de cambio de plazo vencido a cargo del ejecutado, insoluta; yo soy abogado en ejercicio y de mi profesión derivo lo que necesito para mis gastos; y la cantidad que el tal Montoya consignó en el Juzgado de este Circuito Civil (Frontino) no lo fué a favor del tenedor en debida forma de dicha letra, sino al de otra persona, a sabiendas de que la letra ya no le pertenecía. Si algún error hay en estas cuestiones, que vive Dios si lo hay, es imputable al señor apoderado de Montoya, quien hizo una deficiente e ineficaz defensa de sus intereses (f. 21 v. del cuad. Nº 1).

Pero como es apenas lógico, esta explicación del abogado Arango, aunque tuviera alguna importancia desde el punto de vista de la validez del pago hecho por su conducto a los herederos de Ricardo Peña, sólo sirve en este caso para poner al descubierto su reprobable conducta, que evidentemente

lo hace acreedor a la sanción prevista por el artículo 9º de la ley 69 de 1945.

Sin embargo, la Corte estima que las penas de que trata esta disposición no pueden acumularse, en el sentido de imponer varias de ellas al mismo tiempo, como lo hizo el Tribunal de Medellín. Y ello porque, si bien es cierto que las tres clases de sanciones allí previstas están unidas por la conjunción copulativa *y*, fácilmente se advierte que se trata de un lapsus del Legislador: ya porque las distintas penas van en orden ascendente, de acuerdo con la gravedad de la falta; ya también, porque la suspensión del derecho a ejercer la abogacía por un tiempo, resulta incompatible con la cancelación de la matrícula, que son las dos últimas sanciones de que trata el artículo 9º de la ley 69.

En mérito de todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Medellín con fecha tres de mayo del presente año, excepción hecha del numeral primero (1º) de la parte resolutiva, que queda revocado. En otros términos, la sanción impuesta al abogado Arango queda limitada a "la suspensión del derecho de ejercer la abogacía por el lapso de dos años".

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry — Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada—Luis Rafael Robles — Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

INDICE—*Nota*: Por un error de imprenta, a partir de la página 271, la numeración ha quedado repetida; pero para evitar confusiones, en este Indice se ha puesto la verdadera numeración. Deberá, pues, tenerse presente que, después de dicha página, lo que en este Indice aparece con determinado número, en la hoja correspondiente está señalado con cien menos.

SALA PLENA

Queja contra los Magistrados de un Tribunal Superior por haber provisto un cargo con persona que se afirma no reúne los requisitos legales para su desempeño.—La Corte Suprema de Justicia resuelve que no hay mérito para abrir investigación contra el Tribunal Superior de Quibdó, por el nombramiento del doctor Julio Alvarez Cuesta, para el cargo de Juez de Menores de aquella ciudad. — Magistrado ponente: Dr. Luis E. Cuervo 161

Abandono del cargo—Queja contra un Magistrado de un Tribunal Superior—La Corte resuelve que no existe materia investigable en la solicitud elevada por el señor Ministro de Justicia para que se declare vacante el cargo de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Quibdó que ha ejercido el doctor Guillermo Restrepo.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 163

SALA DE CASACION CIVIL

Los documentos alterados en parte no esencial, sino secundaria, no pierden por eso su valor probatorio.—Incompetencia de la Justicia Civil para conocer de controversias relacionadas con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley Canónica al sentar una partida eclesiástica de estado civil.—La Corte no casa la sentencia proferida en el juicio ordinario de José Arnulfo Sanjuán contra Eva Ninfa Ceballos, sobre nulidad de una partida.—Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 165

La accesión es un modo originario de adquirir el dominio.—La Corte casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en el juicio ordinario seguido por Oliverio Rodríguez contra Isidoro Rodríguez y otros, y revoca la del señor Juez Civil del Circuito del Espinal recaída en el mismo juicio. — Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 172

Acción reivindicatoria—Apreciación de la inspección ocular practicada con asistencia de peritos.—En el juicio ordinario que propuso Alberto Otálora Z., ante el Juez Civil del Circuito de Fusagasugá, contra Teodomiro Muñoz para que se declare que es propietario de varios lotes de terreno, la Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castill Pineda..... 186

Para que el decreto de interdicción de un demente proferido en país extranjero pueda producir efectos en Colombia, se requiere el exequátur—A solicitud de Manuel Agustín Aljure, se resuelve que debe cumplirse en Colombia la sentencia por la cual el Tribunal Civil de Apelaciones del Departamento Líbano Norte de la República Libanesa nombró al mencionado Aljure tutor de su hermana alienada Amelia Agustín Aljure—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 190

Cuál es la diferencia existente entre ejecutoriarse una resolución y que ésta cause ejecutoria.—No accede la Corte a la peti-

Págs.

ción de anulación de la providencia de que dá cuenta el aparte inmediatamente precedente de este índice ni a ninguna de las otras peticiones hechas por el apoderado del señor Wadi Faour. — Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda..... 195

Al juzgador corresponde la aplicación de la ley, aunque las disposiciones aplicables no se citen en la demanda o las citadas no sean las pertinentes. — Cuál es el sentido de la expresión relaciones sexuales notorias y estables. — Quien ostenta un derecho con base en una de las situaciones o relaciones previstas en los ordinales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, conlleva el ejercicio de la acción de simulación, aún en el supuesto de discutirse judicialmente ese derecho.—En el juicio ordinario que María Elisa Lenis, como representante legal de Martha, Mario y Olga Lenis siguió contra Alfonso Azcárate B. y otros, sobre filiación natural, simulación de contratos y otros objetos, se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Buga. — Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas..... 197

Acción de indemnización de perjuicios.—Presunción de culpabilidad por actividades peligrosas.—Causal segunda de casación.—No se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Andrés Quirós contra el Municipio de Cali. — Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo 216

Cuando todos los comuneros venden o transfieren a cualquier título una porción determinada del bien común, el adquirente no entra a formar parte de la comunidad.— Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio ordinario que Belisario Salinas siguió contra Benjamín y Luis Angel Restrepo, sobre adquisición del dominio de una finca, por medio de la prescripción.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 223

Las actas de estado civil no son suficientes por sí solas para comprobar la causa de la muerte de una persona, que sólo puede demostrarse mediante el dictamen de expertos.—En el juicio ordinario que, sobre indemnización de perjuicios, siguió Desiderio Moreno contra "Planta Eléctrica de Anolaima, Limitada", no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 337

Causal sexta de casación. — Dentro de esta causal no se comprende la ilegitimidad de la personería sustantiva.—La parte que se conformó con el fallo de primera instancia carece de interés jurídico para acusar en casación la sentencia de segundo grado confirmatoria de aquél.—Cuando la obligación del deudor está precisada o determinada en el contrato o en la ley supletiva, la sola inejecución de aquélla acarrea la presunción de culpa.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario de Luis Antonio Moreno M. contra Norberto Díaz C. y otros.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 241

Acción de indemnización de perjuicios—Presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra.—Manera de desvirtuarla.—Influenca del fallo penal en los juicios civiles.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario que Carmen Palacios de Martínez y otros siguieron contra el Municipio de la misma ciudad sobre indemnización de perjuicios. — Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 250

Acción de rescisión de un contrato de compraventa. — No casa la Corte la sentencia proferida en el juicio ordinario de Lucila Piñeros de Micolta y otros contra Angel León Mantilla, por el Tribunal Superior de Pasto. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 255

Acción de resolución de un contrato. — Requisitos de la demanda de casación, cuando se invoca la causal primera.—En el juicio ordinario que, sobre el objeto expresado, siguió Ana Mercedes Guerrero de Pava

Págs.

contra Nicolás Guerrero y contra Leopoldina Chacón Soto, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 261

Las disposiciones departamentales y municipales no pueden ser tenidas como ley cuya violación dé lugar al recurso de casación. La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que Antonio Alvarez siguió contra la sociedad "Jockey Club".—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 264

Acción reivindictoria.—Requisitos de la posesión regular.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cartagena profirió en el juicio ordinario de Jacinto María Contreras contra Rufino Narváez.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía... 267

La transacción y la cosa juzgada pueden ser reconocidas en la sentencia como excepciones perentorias aunque no hayan sido propuestas como dilatorias por el demandado y también, aunque propuestas como tales, no hayan prosperado.—En el juicio ordinario que Carlos Hincapié y otra siguieron contra Benjamín Correa, sobre oposición a un deslinde practicado en otro especial adelantado entre las mismas partes, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo 270

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Peña 280

El juicio de deslinde es, por su naturaleza, simplemente atributivo y no declarativo de propiedad ni de posesión.—La nulidad contractual no puede declararse fuéra de la intervención de los mismos a quienes dicho acto tiene forzosamente que afectar. — Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario seguido por el doctor Gilberto Alzate Avendaño contra Roberto Vélez A., juicio a que dio origen la oposición que Alzate, hizo a la línea divisoria de dos predios señalada en juicio especial de deslinde que se siguió entre las mismas partes. La casación se refiere sólo a la parte de la sentencia en la cual el Tribunal dispuso que "al quedar ejecutoriada esta sentencia, por el Juzgado se ponga en posesión de las partes de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea trazada o a los mojones que se fijaron'. Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña.. 283

Salvamento de voto del Magistrado doctor Manuel José Vargas 293

Acción de indemnización de perjuicios.—Requisitos para que prospere por errónea apreciación de las pruebas, el recurso de casación.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Jesús Espitia Pinilla contra la fábrica de ladrillos "El Progreso" — Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo 296

El administrador de una sociedad colectiva que realiza la hipotecación de bienes sociales sin estar expresamente autorizado, extralimita su mandato, y el acto es, no simplemente nulo, sino inexistente.—En el juicio ordinario que el doctor Alberto Palau y otros siguieron contra Ricardo Velázquez J. y otros, sobre inexistencia legal de un gravamen hipotecario, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 301

Acumulación objetiva y acumulación subjetiva de acciones.—Salvo algunos casos, los litis-consortes permanecen independientes unos de otros en lo que se refiere a la gestión del proceso, aunque la prueba aportada por uno, de hecho aprovecha a los otros. La inclusión indebida de un crédito como carga de la mortuoria, en la diligencia de inventarios, no es causa de nulidad de esta diligencia. — Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Neiva profirió en el juicio ordinario seguido por Alejandro Garay y otras contra "La sociedad conyugal formada por Valerio Oliveros y Silveria Quintero, disuelta por muerte de la señora Quintero", y contra Luis Angel Mora Oliveros, sobre exclusión de unos bienes de

Pág.

los inventarios de la sucesión de Silveria Quintero y sobre otros objetos.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 307

Acción de rendición de cuentas.—Técnica de casación. — Causales primera, segunda y séptima. — Esta última causal es improcedente cuando el Tribunal sólo deja de decidir sobre unos de los extremos o cuestiones sobre que trató la controversia.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio seguido por Josefina Vargas de Reyes contra Miguel Díaz Jiménez—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 315

Acción de simulación. — Diferencia entre la simulación absoluta y la relativa.—Cuando el heredero ejerce la acción de simulación, no como continuador de la personalidad del contratante difunto, sino en favor de la herencia o en su propio nombre y como perjudicado en su derecho hereditario, goza de los mismos derechos que cualquier tercero perjudicado, por lo que toca con las pruebas para demostrar la simulación del acto aparente.—En el juicio ordinario seguido sobre el objeto expresado, por Félix Antonio Osorno contra Rosaura Osorno Osorno y otras, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 318

Acción reivindicatoria.—Para que la buena fe del ocupante resulte establecida, no basta la sola creencia de que un terreno es baldío, sino que es preciso que esa creencia se justifique; tenga un fundamento de hecho. Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio ordinario seguido por Isabel Angel de Castaño contra Luis Patiño y otros.-Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 332

El derecho de dominio que cada titular tiene sobre el fundo afectado por una servidumbre de acueducto, le da acciones propias frente al dueño del predio dominante que ha de beneficiarse de la obra; acciones que puede ejercer con independencia de los propietarios de los otros predios gravados por la misma servidumbre. — El peso de una misma servidumbre sobre varios predios no implica que se forme una comunidad pasiva entre ellos.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Popayán profirió en el juicio ordinario de Benjamín Mera V. y otra contra la Compañía Agropecuaria de la Bolsa y Periconegro.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez..... 336

Cuando no se trata simplemente de reformas al primer trabajo de partición en un juicio sucesoral, sino de una verdadera nueva partición, sí es procedente el incidente de objeciones contra este último trabajo y de él debe, por tanto, darse traslado a los interesados. — La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Tunja profirió para decidir las objeciones que Pedro Vicente Pinzón formuló contra la partición realizada en el juicio de sucesión de Julia Pinzón de Garavito.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 352

Cuando dado un negocio jurídico perfecto, los contratantes acuden a la justicia porque discrepan en cuanto a los resultados económicos notorios que perseguían con su declaración de voluntad, el juez, en vía de interpretación de la cláusula o cláusulas que la integran, y a través de las circunstancias antecedentes, concurrentes y posteriores del negocio, debe buscar o investigar previamente esos fines económicos, a fin de restringir o extender el sentido para el derecho y realización de la declaración.—En el juicio ordinario que contra el Municipio de Medellín siguió la compañía del Hotel Nutibara, S. A. se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de la mencionada ciudad.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 355

Acción reivindicatoria. — Ilegitimidad de la personería sustantiva—No es técnico hablar de excepciones perentorias de forma ni de dilatorias de fondo. — Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Ma-

Págs.

ría Adelaida López y otras contra Policarpa Cortés.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 367

Recurso de revisión. — Declara la Corte que no es admisible la demanda de revisión presentada por Gerardo González y otra, "para que sea revisada la sentencia ejecutoriada de excepciones de fecha 6 de septiembre de 1951" que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ejecutivo seguido por Carlos Correa contra los poderdantes del doctor Mondragón Guerrero.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 379

La legitimación en causa en los juicios sobre filiación natural, no está limitada al presunto padre y a los herederos que lo representan.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio ordinario que Abigaíl Mayorga Sáinz, en su condición de madre natural de los menores Luis Arturo y Antonio José Mayorga S., siguió contra Arcadio Suárez y otras, sobre filiación natural. — Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña..... 381

Acciones de nulidad de un contrato y reivindicatoria. — Requisitos para que en juicio pueda declararse oficiosamente la nulidad absoluta de un acto o contrato.—Qué debe entenderse por el interés jurídico para el ejercicio de una acción, cuando la ley lo exige expresamente.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de Lucía Vélez de Soto contra el Royal Bank of Canada.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 390

Mientras no se haya liquidado la sociedad conyugal, no puede reivindicarse para la sucesión del cónyuge difunto un bien de aquella sociedad. — En el juicio ordinario que Antonio Franco González y otro siguieron contra Salomón Ganem, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena. — Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía..... 397

Págs.

Para que prospere el recurso de casación con base en la causal primera, no basta alegar errónea apreciación de pruebas y demostrar el error en que incurrió el Tribunal al estimar el acervo probatorio, sino que es preciso demostrar también que a consecuencia de ese error se violaron una o varias disposiciones legales sustantivas, que deben citarse expresamente. — La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Manizales profirió en el juicio que sobre deslinde siguió Fidel Márquez contra Carlos Pinzón—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda 405

Causal primera de casación. — Errónea apreciación de pruebas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario que la sociedad "Tejar de Santa Mónica, S. A." siguió contra Fernando Tobar V.—Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda..... 407

Para que las expensas que demanden los actos del albacea, como sueldos y estipendios, sean imputables a la sucesión, es preciso que los servicios de terceros contratados por aquél sean necesarios o que haya designado apoderados judiciales para intervenciones útiles o que se justifiquen de acuerdo con la ley.—Causal primera de casación. — Errónea apreciación de las pruebas.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio que se originó con la rendición de cuentas que hizo el señor Cayetano Morelli, de su cargo de albacea del señor Eugenio Rueda.—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 412

Mientras el colono que ha adquirido derecho a la adjudicación de un baldío, pero carece del título no renuncie a su carácter de tal, el adjudicatario no puede privarlo de la parcela, aún pagándole las mejoras.—El artículo 739 del Código Civil es inaplicable cuando se trata del adjudicatario del baldío, enfrentado a cultivadores o colonos establecidos desde antes de la adjudicación. La "carencia de acción" no es excepción perentoria.—En el juicio ordinario que so-

Págs.

bre reivindicación siguió Carlos Muñoz P. contra Alejandrino Alzate, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira. — Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 420

Acciones reivindicatoria y de nulidad de unos contratos.—La estipulación por otro no es válida en un contrato prohibido por la ley, como es el de compraventa entre el padre y el hijo de familia.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio ordinario seguido por Pedro Nel Espinosa y otra contra Ricardo Suárez R.—Magistrado ponente: **Dr. Alberto Holguín Lloreda** 437

SALA DE CASACION PENAL

Requisitos de las demandas de casación.—La Corte no invalida la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Rafael Aranguren Luna como responsable del delito de robo. — Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre..... 440

Cuándo puede haber lugar al cambio de radicación de un proceso penal. — La Corte emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso contra Luis A. Barón Vargas por el delito de homicidio en Rafael Prato Hernández. — Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre.... 442

Nulidades en el proceso penal.—Nulidad por no haberse notificado en debida forma el auto de proceder. — Nulidades constitucionales.—Aunque durante el juicio, la iniciativa principal para la práctica de pruebas corresponde a las partes, no cesa totalmente la obligación del juez de decretar oficiosamente las que considere conducentes al esclarecimiento de los hechos.—Invalida la Corte la sentencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Eduardo Mendoza Reyes como responsable del delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 444

Impedimentos y recusaciones de Magistrados de Tribunales Superiores—La Corte ordena devolver al Tribunal Superior de Barranquilla el proceso contra Bolívar Jacinto Ramos Ramos, para que se decida en forma legal acerca de la recusación propuesta contra el Magistrado doctor Jesús María Fontalvo.—Auto del Magistrado Dr. Angel Martín Vásquez 452

Cambio de radicación de un proceso penal.— La Corte conceptúa favorablemente al cambio de radicación de un proceso contra Bernardo Salazar de la Pava por el delito de homicidio. — Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez..... 453

Cambio de radicación de procesos penales.— Emite la Corte concepto favorable al cambio de radicación del proceso contra Eduardo Pión y otros por varios delitos. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 459

Causales primera y segunda de casación.— Requisitos para que sea aplicable la pena accesoria de relegación a colonias agrícolas penales. — El obrar con la complicidad de otro previamente concertada, como circunstancia de mayor peligrosidad—Cuándo puede tenerse en cuenta la de menor peligrosidad contemplada por el numeral 9º del artículo 38.—Delito continuado.—Se invalida la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el proceso contra Alejandro Yepes Bermúdez y otro, por el delito de estafa y por el de abuso de confianza.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 462

Competencia para el juzgamiento de eclesiásticos.—La expresión "causas penales", que usa el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse como sinónima de procesos penales, y no en el sentido de juicio que le da el artículo 439 del mismo código.—Delito de usurpación de inmuebles.—Sus elementos. — Se confirma el auto por el cual el Tribunal Superior de Bogotá ordenó cesar todo procedimiento contra el presbítero doctor Luis Rubio Marroquín, por cargos de usurpación de bie-

Págs.

nes inmuebles. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 472

Cuándo hay lugar a la sustitución de penas regulada por el artículo 60 del Código Penal.—Esta sustitución debe hacerse al dictar la sentencia.—No accede la Corte a la solicitud formulada por el doctor Camilo de la Pava para que se le convirtiera a presidio la pena de prisión que le impuso el Comando General de las Fuerzas Militares, por delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado.— Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno. 478

La enemistad como causal de recusación.— Se declara probada la causal de recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó doctor Aureliano Perea Aluma, por Víctor R. Quesada, en un proceso que se sigue contra éste por los delitos de falsedad en documentos, peculado y hurto.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 480

Cambio de radicación de un proceso penal.— La Corte emite concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso contra Jorge Samuel Riascos por el delito de homicidio en la persona de Jorge Garzón Thomas.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 483

El error en la interpretación de las disposiciones legales excluye el prevaricato.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín en favor del doctor Julio César Martínez, ex-Juez del Circuito de Urrao.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 488

Delito de robo. — La cuantía de lo sustraído no forma parte del cuerpo del delito en el hurto y el robo. — Prueba de la propiedad y preexistencia de los objetos sustraídos.— Tratándose del sumario, no es tan estricta la obligación de notificar previamente a los interesados las providencias que ordenen la práctica de pruebas.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso contra Carlos Enrique Tapias Carrillo por el delito de robo.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez 492

Delito de cohecho.—Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Pamplona profirió en favor del doctor José Lobelo Manjarrés.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 504

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Juicio contra un abogado por faltas contra la moral profesional.—Revoca la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en las diligencias seguidas contra el abogado doctor Jaime Rafael Pedraza, iniciadas en virtud de denuncia presentada por el doctor Arturo Alvarez Molina.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Ruiz Manrique 507

Acción de indemnización de perjuicios.—En el juicio que contra el Departamento del Magdalena siguió Dionisia Modesta Roa, sobre indemnización de los perjuicios que le ocasionó la muerte del menor Samuel Enrique Ruiz Roa, se reforma la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Santa Marta. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 510

Objeciones a un dictamen pericial.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Barranquilla por medio del cual se declararon infundadas las objeciones que el señor Fiscal del mismo Tribunal formuló al dictamen de los peritos Luis Carlos Lazcano e Isidro González M., rendido en el incidente de liquidación en el juicio de Arturo Fabio Manotas contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 513

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos. — La actuación que uno o varios comuneros lleven a cabo en juicio y en favor de la comunidad, beneficia a todos los copropietarios.—Se revoca la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario que Alejo Solano Manotas y otros siguie-

Págs.

ron contra la Nación—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 521

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de controversias originadas en ocupaciones por causa de trabajos públicos, cuando esas ocupaciones tienen el carácter de definitivas—La incertidumbre en las acciones de mera declaración.—En el juicio ordinario que la sociedad comercial "A. Noguera y Compañía, Sucesores, Ltda." siguió contra la Nación, se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 527

Acción ordinaria de que unas tierras y los yacimientos petrolíferos que en ella se encuentren son de propiedad privada.—Decide la Corte que pertenecen al Municipio de Polonuevo el petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en el predio denominado "Tierras de Polonuevo".—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 536

Los incidentes de recusación promovidos con base en el artículo 1º del Decreto 3346 de 1950, carecen del grado de revisión. — En punto de competencia, no hay lugar a la aplicación analógica de disposiciones legales.—Declara la Corte que no es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el doctor Gustavo Delgado contra la providencia del Tribunal Superior de Bogotá que decidió de la recusación promovida contra el Juez Octavo Civil del Circuito de la misma ciudad.—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry..... 540

Incidente de nulidad—Proferimiento de autos interlocutorios en asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores.—Se declara que no existe la nulidad alegada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en un negocio llegado a la Corte del Tribunal Superior de Barranquilla, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra el auto de dicho Tribunal que puso fin al incidente de excepciones dilatorias promovido por el Fiscal del mismo.

Págs.

Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles 544

Incidente de nulidad. — Se confirma el auto del Tribunal Superior de Pasto que declaró no haber lugar a decretar la nulidad propuesta por el demandado doctor Adán Arriaga Andrade en el juicio seguido contra éste y contra la Nación por "Rumigas, Ltda. — Fernando Pérez Palares, Sucesores". — Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez 546

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de las controversias originadas en ocupaciones de propiedades particulares, por causa de trabajos públicos, cuando esas ocupaciones tienen el carácter de indefinidas o definitivas. — En el juicio ordinario que los herederos en la sucesión ilíquida de la señora Amelia Bula Ojeda v. de Welpley siguieron contra la Nación, se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla—Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez..... 547

Acción ordinaria de que unos yacimientos petrolíferos son propiedad privada de un Municipio.—Los bienes vacantes, en general no han revertido al patrimonio del Estado en calidad de baldíos.—Revoca la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Barranquilla profirió en el juicio ordinario seguido por el Municipio de Galapa contra la Nación—Magistrado Ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 555

Las decisiones sobre propiedad privada de los petróleos sólo son procedentes, en el caso de propuestas de exploración y explotación de los mismos, cuando existe superposición del terreno del particular en el área del terreno de la propuesta.—Excepciones perentorias temporales. — Excepción de petición antes de tiempo—En el juicio ordinario que Carlota Maya de Castro siguió contra la Nación, la Corte declara probada la excepción de petición antes de tiempo y, en consecuencia, no hace las declaraciones pedidas en la demanda. — Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 569

PAGS.

Excepción de ilegitimidad de la personería. En el juicio ordinario que la Compañía Empresaria del Camino del Cararé, S. A. adelanta contra la Nación, se declara no probada la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del señor Procurador Delegado en lo Civil, propuesta por el apoderado de la mencionada Compañía, y se ordena que ésta conteste la demanda de reconvención.—Auto proferido por el Magistrado sustanciador Dr. Agustín Gómez Prada 574

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de acciones originadas en ocupaciones por causa de trabajos públicos, cuando esas ocupaciones son definitivas y equivalen a verdaderas expropiaciones. — En el juicio ordinario seguido por Raquel Gómez v. de de Caro y otro contra la Nación, se revoca la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada..... 576

Juicio de lanzamiento.—La Corte revoca parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Cali profirió en el juicio de lanzamiento instaurado por el Departamento del Valle del Cauca contra Oscar Solarte. Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez.... 583

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Rafael Robles 586

Sanciones disciplinarias a abogados.—No se pueden imponer al mismo tiempo varias de las penas de que trata el artículo 9º de la ley 69 de 1945.—Se confirma parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín dictó en las diligencias contra el abogado doctor José J. Arango.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles..... 587

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: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXIII - BOGOTA, COLOMBIA. NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1952 - NUMEROS 2121 y 2122

S A L A P L E N A

SE IMPONEN SANCIONES DISCIPLINARIAS A LOS MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL SUPERIOR — PARA QUE LA OMISION O EL RETARDO EN EL DESPACHO DE LOS ASUNTOS SEAN SANCIONABLES DISCIPLINARIAMENTE, SE REQUIERE QUE SEAN INJUSTIFICADOS

El numeral 2º del artículo 2º del Decreto 3665 de 1950 sanciona como falta disciplinaria, la "omisión o retardo injustificados en el despacho de los asuntos" a cargo de los Magistrados y Jueces, es decir, que esas demoras ocurran sin causas ni motivos aceptables, como lo serían la negligencia o desidia habituales del funcionario en no despachar dentro de los plazos fijados por la ley, los negocios a su cuidado. Se trata de actos de omisión o de retardo, consistentes en haber dejado de hacer el funcionario algo a que legalmente estaba obligado, lo cual equivale intrínsecamente a la realización de actos negativos, que hacen nugatorios los mandatos de la ley e impiden la realización de aquellos actos jurídicos que obligatoriamente debían producirse, a no mediar la negligencia del funcionario en el cumplimiento de los deberes de su oficio.

Las omisiones o retardos sancionados por el Decreto aludido, no son todos los que a primera vista reciben esta calificación, sino únicamente aquellos que sean injustificados, lo que quiere decir que para que exista la falta disciplinaria, no basta la sola demostración del hecho objetivo o material, sino que, además, se requiere la concurrencia del factor subjetivo o moral que radica en aquella negligencia, desidia o descuido del funcionario en el cumplimiento de sus labores, o bien en la intención dolosa de omitir o retardar un acto que debía llevar a cabo dentro de ciertos y determinados lapsos. Por eso, el solo hecho del retardo no implica forzosamente que el agente sea responsable de él, sino que es necesario que sea injustificado, pues cuando la demora en proferir las decisiones judiciales depende de factores extraños a la voluntad del inculpado, como lo sería el exceso de trabajo, por el gran número de negocios entrados a su oficina, y otras causas semejantes, estos factores equivalentes a hechos imprevistos, colocan el acto o actos imputados fuéra del control de lo que legal y jurídicamente puede sancionarse y dan lugar a sostener con toda propiedad que se trata de hechos extraños a la función represiva del poder público.

Cuando el funcionario es asiduo y diligente en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley en lo que se rela-

ciona con el despacho y sustanciación de los negocios que le han sido confiados, pero no logra darles evasión dentro del término que aquélla le prescribe, por oponérsele un obstáculo material o un imposible físico proveniente del recargo de negocios, no puede exigírsele responsabilidad por esa clase de omisiones, porque en ese caso estaría ausente uno de los elementos de la falta que se sanciona, que sea injustificada, como lo dispone el Decreto Ejecutivo citado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Esta información tuvo su origen en un memorial dirigido al Presidente de la Corte, fechado en Lorica (Departamento de Bolívar), el día dos de noviembre de 1951, suscrito por el doctor Marcelino González Tordecillas, quien manifiesta que el Circuito Judicial con cabecera en esa ciudad, es uno de los más extensos del Departamento y en él se ventilan gran número de negocios civiles, penales y comerciales, que suben regularmente en apelación o consulta ante el Tribunal Superior de Cartagena, donde venían siendo revisados "con la parsimonia acostumbrada" pero al fin se despachaban y continuaban su curso legal. Pero que durante ese año (1951), ocurría algo verdaderamente alarmante, pues de los múltiples asuntos de que conoce el Tribunal, procedentes del Juzgado de Circuito Promiscuo de Lorica, ninguno había sido devuelto a la Oficina de origen. Agrega el informante que, él en su condición de abogado en ejercicio, tiene cerca de veinticinco asuntos, de los cuales algunos subieron al Tribunal desde los meses de septiembre y octubre de 1950 y ninguno ha sido devuelto, y en la misma situación se encuentran los negocios de otros de sus colegas y hay la impresión de que el Tribunal no trabaja, situación que se ha agudizado con el nombramiento del nuevo Tribunal, pues la mayor parte de los Magistrados disponen de las horas hábiles del día para dictar clases en los planteles de enseñanza pública y privada de Cartagena, y no asisten a sus despachos sino por un tiempo que no les permite atender sus obligaciones. Que fuéra de esto, han reglamentado por su cuenta el reparto de los negocios, cada dos meses y no se cumplen las disposiciones vigentes sobre términos para resolver y la justicia resulta completamente ineficaz, con el consiguiente perjuicio de las partes interesadas. Para corregir las irregularidades denunciadas, el memorialista solicita que se practique una minuciosa visita a las oficinas del Tribunal de Cartagena, a fin de verificar las demoras en que hayan incurrido los Magistrados y se investigue la causa de que permanezcan los asuntos en la Secretaría, sin darles el curso legal.

El escrito antes relacionado, después de ser leído en Sala Plena de la Corte, se pasó al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, quien comisionó al Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena para que practicara en este Tribunal, la visita solicitada por el memorialista doctor González Tordecillas.

Esta visita se comenzó el día cinco de febrero del año en curso y se terminó en los primeros días del mes de marzo, empleando un lapso relativamente largo, sin suspender los términos, con el objeto de que las labores del Tribunal y las de la Fiscalía no sufrieran demoras. La diligencia se contrajo al período en curso de los actuales Magistrados y se tomó como punto de partida la instalación del Tribunal, efectuada el día cuatro de julio de mil novecientos cincuenta y uno. Se trata de un documento, en el que el funcionario comisionado anota en forma detallada las fechas en que se llevaron a cabo los repartos, tanto de los negocios penales como de los civiles, y se puntualiza la situación en que se encontraban las mesas de los varios Magistrados, con especificación del número de negocios que recibieron al comenzar su períodos, las entradas en el lapso a que se contrae la visita, los fallados durante el mismo tiempo, las fechas en que se repartieron, aquellas en que entraron al despacho para resolver peticiones de las partes o para fallarlos, etc.

La mencionada diligencia fue remitida por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, quien a su vez la envió a la Corte, con oficio número 2439 de fecha 3 de abril del año en curso. Ese documento y los que lo acompañan, han recibido en la Corte la tramitación que les corresponde, en conformidad con lo prescrito por el inciso primero, del artículo 5º del Decreto número 3665 de 1950, haciendo conocer a los señores Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, las omisiones que de aquella visita les aparecen, para lo cual se libraron los despachos corres-

pondientes, a fin de que hicieran sus descargos y acompañaran a ellos las pruebas en que los funden, advirtiéndoles que su silencio se tendría como confesión de los hechos que se les imputan.

De tal documento aparecen cargos por demoras en el oportuno fallo de los asuntos civiles y penales repartidos a los Magistrados doctores Alario Di Filippo, Francisco de P. Manotas, Patricio Villalba y Francisco Rodríguez Badel. Además el funcionario que practicó la visita, en comunicación dirigida al Ministerio de Justicia (fl. 1) hace notar que ni los repartos de los asuntos civiles y penales ni las diligencias de visita de cárcel se practican oportunamente, pues no obstante haber insinuado a los señores Magistrados que se repartieran semanalmente los negocios, un día los asuntos civiles y otro los asuntos penales, nó había conseguido corregir esa irregularidad.

Para proceder con orden, se examinará separadamente la situación de cada uno de los señores Magistrados, ante los cargos que les aparecen de la presente información.

Magistrado Alario Di Filippo

Según la diligencia de visita, a este Magistrado le entraron durante el lapso a que ella se refiere, cincuenta y cinco (55) negocios civiles y ciento treinta y dos (132) penales. De los primeros despachó en el mismo tiempo, veinticinco negocios (25) y de los segundos ochenta y seis (86), hallándose en la mesa de aquel Magistrado, treinta (30) asuntos civiles y cuarenta y seis (46) penales.

Entre los negocios que se encontraron demorados por no haberse dictado dentro de los términos legales la providencia correspondiente, se encuentran los siguientes:

Asuntos civiles

1º Ordinario de Efraín Yaber contra la sociedad Salín Balán & Cía. La última providencia dictada, fue el auto de 12 de septiembre de 1951, citando a las partes para sentencia.

2º Divisorio de bienes de Ernesto G. Z. de Piñeres contra Roberto Nieto. Para fallar desde el 16 de agosto de 1951.

3º Ordinario de José Mª Lozano contra la Nación. Se citó para sentencia el 2 de agosto de 1951.

4º Ordinario de Guillermo E. Jimeno contra Matos Heredia. Para fallar desde el 14 de agosto de 1951.

5º Ordinario de José Nicolás Lora contra la Nación. Está para fallar desde el 12 de septiembre de 1951.

6º Ordinario de Bartolomé Calvo contra la Nación. Se encuentra en la mesa del Magistrado, desde el 17 de octubre para resolver una solicitud de caducidad.

En los demás negocios civiles que se encontraron al despacho de aquel Magistrado, no se observan demoras, pues en unos estaban corriendo los términos legales y en otros, la tramitación se adelantaba correctamente.

Negocios penales

La mayor parte de los que el funcionario visitador encontró a la mesa del Magistrado Di Filippo, estaban con proyecto, listos para ser discutidos en Sala de Decisión y en los demás, los términos para resolver lo pertinente no estaban vencidos. Por consiguiente, respecto de tales asuntos no surge cargo ninguno contra dicho Magistrado, susceptible de sanción disciplinaria.

Descargos

El Magistrado doctor Alario Di Filippo, contestó oportunamente el despacho que se le libró para que hiciera sus descargos. En esa contestación, que tiene fecha 20 de mayo del año en curso (fl. 50), explica la marcha de los respectivos negocios desde la fecha del reparto y afirma que, ya se dictó la providencia respectiva o están con proyecto de fallo, afirmación que está respaldada con una certificación de la Secretaría del Tribunal, donde se dice que los datos contenidos en la respuesta de aquel Magistrado, se tomaron con vista en los respectivos negocios y en los libros radicadores.

Se observa que ninguna explicación dá a las demoras anotadas, como no sea la de que, ya se les dio el curso legal a los negocios hallados en su despacho y en los demás ya se dictó el fallo correspondiente o se hallan con proyecto.

Magistrado Francisco de P. Manotas

Este Magistrado al tomar posesión de su cargo, recibió cuarenta y nueve (49) negocios civiles y le fueron repartidos en el tiempo a que se refiere la visita veintiseis asuntos (26), en total, setenta y cinco. Aparecen despachados veintiocho (28) y la existencia en la fecha de la visita, era la de cuarenta y siete (47) asuntos. En cuanto a los negocios penales, se encontraron a la mesa de ese Ma-

gistrado sesenta y un (61) asuntos; no hay dato en la diligencia de visita, de los que hubiera recibido y despachado durante el tiempo en que ejerce sus funciones.

Examinada la relación que hace el funcionario visitador, en lo referente al estado de los asuntos civiles, se encuentra que estaba en mora de fallar diez y siete negocios, así:

1º "Ordinario de Manuel Támara contra Eusebio Montalvo. Al despacho para fallar desde agosto 1º del año pasado" (1951).

2º "Ordinario de Antonio Romero E. contra Flora Posada vda. de Pasos. Al despacho para fallar desde julio 23 de 1951".

3º "Ordinario de María Durán Fabra contra los herederos de Andrés Durán. Al despacho para fallar desde julio de 1951".

4º "Ordinario de Juvenal Echenique contra Guillermo y Jerónimo López. Al despacho para fallar desde julio 26 de 1951".

5º "Ordinario de Juana Torres vda. de Flórez contra los señores E. F. Juan. Al despacho para fallar desde julio 23 de 1951".

6º "Ordinario de Antonio Yacamán contra Barbur Hermanos. Al despacho para fallar desde marzo 8/51".

7º "Ordinario de Marcial Pérez contra Juan Pérez Erazo. Al despacho para fallar desde junio 5 de 1951".

8º "Ordinario de José María Lozano como apoderado del municipio de Zambrano, contra la Nación. Al despacho para fallar desde julio 31/51".

9º "Ordinario del doctor José María Lozano, como apoderado del municipio de San Juan. Al despacho para fallar desde el 23 de julio del año pasado".

10º "Ejecutivo de Carmelo Gómez Núñez contra Carlos Martínez Martelo. Al despacho para fallar desde agosto 16/51".

11º "Demanda de lanzamiento de Leonardo Di Filippo contra Eugenio Marmoñ y otros. Al despacho para fallar desde julio 25 del 51".

12º "Demanda de restitución de los Laboratorios Fuentes, contra Gregorio Cerpa. Al despacho para fallar desde septiembre 24/51".

13º "Ejecutivo de Jattiin Hermanos contra Wilfrido Peinado, para fallar desde septiembre 25/51".

14º "Ejecutivo de María Teresa Alba contra Raúl Hoyos. Al Despacho para fallar desde agosto 16 del año pasado".

15º "Ordinario de Julio Benítez contra Federico Tirizo. Al Despacho para fallar desde agosto 26 de 1951".

16º ."Hipotecario de Remberto Valle contra la sucesión de Miguel Arroyo. Al Despacho para fallar desde el 26 de enero de 1951".

17º "Ordinario del doctor Rubén Hernández contra Donaldo Martelo. Al Despacho para fallar desde el 12 de febrero de 1947".

En lo que se refiere a los procesos penales, el doctor Manotas no ha despachado dentro de los términos fijados por la ley, once negocios (flios. 12 y siguientes).

Al contestar el despacho que se le dirige para que hiciera sus descargos, dá las siguientes explicaciones:

a) Que varios de los negocios civiles que en la diligencia de visita se mencionan como que estaban al despacho para fallo, no lo estaban. Adjunta una certificación de la Secretaría del Tribunal en comprobación a este hecho, donde se enumeran los asuntos a que se refiere esa aclaración y afirma que respecto de ellos, no ha habido retardo para fallarlos;

b) Que otros de los asuntos incluídos por el Visitador en la diligencia en mención, se hallaban en traslado y si no se requirió a las personas en cuyo poder estaban, fué porque no había solicitud de parte interesada;

c) Manifiesta que cinco de los negocios anotados en la visita, como que estaban al despacho para fallar, ya fueron despachados, quedando solamente once; y

d) Que de los procesos penales demorados, ha despachado seis y quedan cinco para fallar.

Añade que, no obstante la actividad que ha puesto para despachar todos los asuntos dentro del rigor de los términos legales, no le ha sido posible, pero que el rendimiento de trabajo durante el lapso a que se contrae la diligencia de visita deducido de los cuadros elaborados por la Secretaría del Tribunal, demuestra que esas omisiones no proceden de abandono, ni de falta de diligencia, sino de que la tarea ha sido superior a sus fuerzas y al tiempo disponible; que como aparece de tales cuadros, en los seis meses que comprende la visita, entraron 75 negocios civiles y 130 penales y en ese mismo tiempo, se dictaron por su Sala, 6 sentencias civiles, 53 en materia penal, 59 autos interlocutorios en lo civil y 4 en lo penal, fuera de muchos autos de sustanciación en ambos ramos.

Las explicaciones del Magistrado doctor Manotas, consistentes en que varios de los negocios incluídos en la relación que hace la diligencia de visita, no estaban al despacho para fallo, sino en la Secretaría para hacer notificaciones o en tras-

lado a las partes o esperando documentos etc., así como también aquellas, según las cuales varios negocios civiles y penales ya estaban fallados, están corroboradas con varias certificaciones de la Secretaría del Tribunal (flios. 72 y siguientes).

También se envió un Cuadro demostrativo del movimiento de negocios civiles y penales, en la Sala del Magistrado doctor Manotas, en el tiempo comprendido entre el mes de julio de 1951 y el mes de abril de 1952, que dá el siguiente resultado:

Negocios Civiles

Adjudicados y por reparto	85
Cancelados en el mismo lapso	35

Asuntos Penales

Adjudicados y por reparto	182
Cancelados	119

Magistrado Patricio Villalba

Este Magistrado, tenía su despacho al día en la fecha de instalación del Tribunal. En el tiempo transcurrido desde este día hasta el 29 de febrero de 1952, se le repartieron 24 negocios civiles y 213 penales. De los primeros despachó en el mismo tiempo 4 y de los segundos 139. Las demoras que le resultan, están radicadas en los asuntos que se enumeran a continuación:

Asuntos Civiles:

1º "Ejecutivo de Marcelino González Tordecillas contra Simón Oliveros... Al Despacho para fallar desde nov. 23/51".

2º "Posesorio de Leoncio Valdemar contra Pedro Banquez...Al despacho para fallar oct. 27/51".

3º "Ejecutivo del Banco de Bogotá, suc. de Sahagún contra Carlos Fortich...Al despacho para fallar agosto 24/51".

4º "Ordinario de Heliodoro Jiménez Altamira contra Lácides Dickson Bulevas y otros...Al Despacho para fallar agosto 27/51".

5º "Objeciones por error grave, en una inspección ocular con audiencia del señor Joaquín Villareal...Al Despacho para fallar agosto 27/51".

6º "Ordinario de Gustavo Gordillo contra José Miguel Sánchez...Al Despacho para fallar desde nov. 10/51".

7º "Posesorio de Rafaela del Real contra José María Méndez Miranda...Al despacho para fallar desde nov. 14/51".

8º "Ejecutivo de Vicente Pasos contra Pedro A. Mercado...Al Despacho para fallar desde nov. 14/51".

Negocios Penales

En lo que respecta a esta clase de asuntos, el mayor número de los que se mencionan en la visita, se encontaraba en traslado a la Fiscalía o estaban con proyecto de fallo y por lo tanto, no puede afirmarse, que ha habido demoras por parte del Magistrado doctor Villalba. Sin embargo se observan irregularidades en la tramitación de algunos procesos, como se deduce de las siguientes anotaciones, contenidas en la mencionada diligencia:

"Nº 49.—Denuncio presentado por el señor Personero Municipal de Ayapel contra el Juez Segundo Penal de Magangué por varios hechos. *En comisión Juzgado Primero Superior desde febrero* 4/48".

"Nº 53.—Denuncio presentado por el doctor Torres cont. Dr. G. Méndez, abuso de conf. En comisión Juez 1º Superior feb. 4/48".

"Nº 55.—Denuncio presentado por el Dr. César Bustos para que se aver. algunos hechos ejecutados por el Juez de San Andrés Dr. Méndez. En comisión Alcaldía *San Andrés, oct.* 6/48".

"Nº 61.—Causa contra Rafaél Laguna T. les. Pers. *En poder del perito avaluador Dr. Ignacio Vélez Martínez. Julio* 21/49".

"Nº 63.—Causa contra Eliécer y Abigaíl Herrera B. por les. personales. *En poder del perito avaluador Dr. Guillermo Ortiz Manrique. Julio* 10/49". (Lo subrayado es de la Corte).

El Magistrado doctor Villalba, en comunicación dirigida a la Corte con fecha 26 de mayo pasado, presenta como descargos de las demoras anotadas, las siguientes explicaciones:

a) Que los negocios civiles demorados en su despacho para fallo, datan de los meses de agosto, septiembre, octubre y noviembre y como puede observarse de la diligencia de visita, del 4 de julio de 1951 a febrero de 1952, entraron a su mesa, en la sola materia penal 213 negocios, de los cuales habían sido fallados para la época de la visita 139 y un apreciable número de los restantes se encontraban con proyecto de fallo, lo cual traduce un rendimiento de trabajo de 150 asuntos en siete meses.

b) Que durante el lapso comprendido en la visita sufrió graves quebrantos de salud, hasta el extremo de llegar a peligro de muerte y aproximadamente durante un mes, permaneció en el Hospital

de Maganga de la ciudad de Cartagena, asistido por el médico de la Caja de Previsión Social, quien le insistió en que no debía dejar la clínica, prescripción que contrarió para acudir a desempeñar sus funciones, pero en forma muy "comedida" por el estado de su salud, pues aún se encuentra delicado y está pendiente de una operación quirúrgica.

c) Que el Tribunal en el tiempo comprendido en la visita, no se ocupó exclusivamente del estudio de los expedientes, sino que largo tiempo lo invirtió en problemas de otra índole que le restaron tiempo para sus labores ordinarias, como fue el nombramiento de Jueces Municipales, que dio lugar a problemas muy complejos; y

d) Que el Tribunal despacha con muchas incomodidades, pues los seis Magistrados trabajan en un solo salón y cuando se presenta un abogado o litigante, prácticamente perjudica las labores de todos; y únicamente disponían de tres máquinas de escribir para todos los Magistrados y para el personal de la Secretaría y era necesario hacer turno, pues sólo ahora, se les enviaron seis máquinas.

Agrega que, en lo que se relaciona con los negocios penales en comisión, el reclamo para la devolución estaba a cargo de la Secretaría y para evitar lo ocurrido, ahora los Magistrados se encargan de reclamarlos.

Magistrado Francisco Rodríguez Badel

A este Magistrado, le fueron repartidos durante el tiempo a que se refiere la diligencia de visita, 31 asuntos civiles y 198 penales. De los primeros aparecen cancelados 16, y de los segundos 142, quedándole una existencia de 15 negocios civiles y 56 penales.

De acuerdo con las anotaciones que hizo en la visita el Fiscal Segundo Superior del Tribunal, los asuntos civiles han sido tramitados y fallados oportunamente y no se observan demoras de ninguna especie.

En relación con los negocios penales, según la misma diligencia, hubo demoras en el despacho de algunos de ellos, según las siguientes observaciones:

1.—"Sum. contra Bernardo Martínez Pereira. Lesiones personales. Rep. el 5 de febrero /51. Al Despacho para fallar".

2º—"Sum. contra José Cabarcas González. Negligencia y omisión. Rep. el 19 de noviembre /45. Al Despacho para resolver si es el caso de ordenar que cese el procedimiento por prescripción".

3º—"Sum. contra Antonio Padilla Nieto. Cohecho y prevaricato. Rep. el 18 de julio /51. Para calificar el mérito del sumario".

4º—"Sum. contra Carlos Enrique Méndez. Delitos contra la Administración de Justicia. Rep. el 25 de agosto /48. Para calificar el mérito del sumario".

El señor Magistrado Rodríguez Badel, hace sus descargos (fl. 81 y siguientes), diciendo que acompaña una certificación expedida por el Secretario del Tribunal, relacionada con los asuntos que fueron glosados y en general sobre la labor cumplida por él, durante el tiempo que lleva en ejercicio del cargo. Refiriéndose a las demoras que se le anotan, manifiesta que ha obrado con toda diligencia en la evasión de los asuntos que le correspondieron y si se han registrado algunas pocas, ellas se justifican plenamente por el volumen de la labor rendida y por el número de negocios que entraron a su despacho.

La certificación del Secretario del Tribunal a que se refiere la respuesta del doctor Rodríguez Badel, lo saca verdadero en sus afirmaciones en cuanto al gran movimiento de trabajo en la Sala de este Magistrado, tanto en los asuntos civiles como en los penales y demuestra que dicho funcionario ha laborado activamente en el trámite y despacho de los mismos. Además, de esa certificación aparece que los procesos contra Bernardo Martínez Pereira y contra Carlos Enrique Méndez, ya fueron calificados en el fondo; el primero está con proyecto y en el segundo, se dictó sobreseimiento temporal.

En lo que se refiere a los negocios procedentes del Juzgado Promiscuo del Circuito de Lorica, el Fiscal Visitador, después de un estudio pormenorizado de tales asuntos, en las mesas de todos los Magistrados del Tribunal, llega a la conclusión de que la queja suscrita por el doctor González Tordecillas es infundada. A este respecto, obra al folio 93 del expediente, una carta suscrita por dicho abogado, en la que manifiesta al doctor Alario Di Filippo, que tiene información de que resulta envuelto, sin su consentimiento, en una acusación contra algunos Magistrados del Tribunal, pero sostiene que no ha prestado su asentimiento para tal maniobra y debe considerarla falsa, autorizándolo para hacer uso de esa manifestación, como medio de destruir el engaño.

No reparto oportuno de los negocios, ni práctica de las visitas de cárcel

Estos cargos, se hacen en la comunicación que el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena

dirige al Jefe de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia, remitiéndole la diligencia de visita practicada en ese Tribunal. A esa comunicación pertenecen los siguientes apartes:

"Punto primordial del acta que se remite es el de los repartimientos. La Fiscalía se ha permitido solicitar varias veces del H. Tribunal que se hagan con más frecuencia, y hasta ha insinuado que se efectúen dos veces por semana: un día para los penales y otro para los civiles, cualquiera que sea la cantidad de expedientes que haya que repartir. Me permito esperar que el despacho a su digno cargo secundará a esta Fiscalía en tal sentido.

"A la vez, tengo a bien destacar que desde el primero del mes de diciembre de 1951 no se practican visitas de cárcel".

También se dice en la diligencia de visita:

"El primer repartimiento de negocios civiles se hizo el 19 de julio de dicho año de 1951.

"El segundo repartimiento de negocios civiles se hizo el 31 de agosto.

"El tercer repartimiento de civiles se efectuó el 18 de octubre.

"El cuarto tuvo ocasión el 22 de noviembre.

"Y el quinto se efectuó el 16 de enero del presente año de mil novecientos cincuenta y dos (1952).

"Negocios penales

"El primer repartimiento de negocios penales tuvo ocasión el 18 de julio de 1951.

"El segundo repartimiento de negocios penales se hizo el trece de septiembre.

"El tercero se efectúo el 23 de noviembre.

"El cuarto se hizo el 28 del mismo mes.

"Y el quinto el 16 de enero del presente año".

"Tratándose de los repartos, aparece de la certificación suscrita por el Secretario del Tribunal Superior de Cartagena (flio. 96 v.), que del cuatro al cinco de julio de 1951, era Presidente del Tribunal, el Magistrado doctor Patricio Villalba; y del seis de julio del mismo año, en adelante, el doctor Alario Di Filippo, quien en ese carácter presidió el repartimiento de los negocios civiles y penales".

Se pidió información al Presidente del Tribunal, doctor Alario Di Filippo, sobre las causas o motivos porque no se hubieran hecho semanalmente los repartos de los negocios civiles y penales llegados al Tribunal. Dicho Magistrado contestó en la forma siguiente:

"Desde hace bastante tiempo el Tribunal practica los repartimientos cuando el número de negocios por repartir aseguren la suerte en relación con los H. H. MM. que forman el Tribunal. Esta medida tiende a evitar que entre los litigantes surjan consejas en el sentido de que determinado negocio se adjudicó a X magistrado, y no a la suerte. Ultimamente como el volumen de negocios que llegan es de consideración, se está practicando semanalmente".

En lo que se relaciona con las visitas de cárcel, el mismo Magistrado dió las siguientes explicaciones:

"Entre las causas o motivos que el H. Tribunal Superior ha tenido para dejar de practicar las visitas de cárcel, está la contenida en el informe rendido a la Presidencia del Tribunal por el H. Magistrado del Tribunal doctor Patricio Villalba, fechado el día 20 de los corrientes, a las circunstancias de que el local donde funciona ésta, no presta seguridad alguna para el acto, ya que frecuentemente se llevan a cabo reparaciones en él y otros actos que obstaculizan la visita; a éste puede agregarse el doloroso caso de que hace poco fué víctima el Honorable Magistrado del Tribunal Superior de Sta. Marta, Dr. Nicolás Alvarez Gómez, y a las especies que a raíz de este crimen corrieron en la ciudad, y que hacían presumir la repetición de tan lamentable suceso, en la práctica de la diligencia de visita. En resguardo de nuestras vidas se optó por suspender, por algún tiempo, las visitas a la cárcel de esta ciudad. Una vez los ánimos vuelvan a los cauces de la normalidad y se extingan prevenciones contra los Magistrados o se garantice en forma el acto de la visita, éstas serán reanudadas".

El informe a que alude el Presidente del Tribunal, dice que el doctor Villalba fue a practicar visita a la cárcel de "Santa Teresa" y después de las lecturas de las relaciones que hicieron los funcionarios que concurrieron a ella, en el momento de los reclamos, uno de los presos se presentó en actitud violenta exigiendo al Magistrado que le diera informes sobre unos documentos que le pertenecían y que había entregado a un Juez o un Alcalde. Y como no pudiera informarle, porque el asunto no estaba a su mesa y le dijera que tendría en cuenta sus reclamos, para que le informaran en las visitas siguientes, dicho sujeto se irritó y se lanzó por encima de la mesa, diciendo que quería romper la cara al Magistrado, profiriendo expresiones soeces, y tuvo que hacerlo retirar, advirtiendo al Director del establecimiento que en lo sucesivo tomara precauciones para evitar esos casos.

Situación de los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, ante las normas que establecen sanciones disciplinarias para Magistrados por omisiones o retardos en el despacho de los asuntos a su cargo, por actuaciones u omisiones en la administración de justicia, etc.

El Decreto número 3665 de 12 de diciembre de 1950, establece en su artículo 1º que los Magistrados "...son responsables de las faltas, omisiones o irregularidades en que incurran, y, en consecuencia, estarán sujetos a las sanciones disciplinarias correspondientes, que se impondrán por el respectivo superior de acuerdo con las normas contenidas en este Decreto".

Según se ha visto, a los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena les aparecen de este informativo, imputaciones por omisión o retardo en el despacho oportuno de los negocios a su cuidado, por actuaciones u omisiones que produjeron retardos en la administración de justicia y contribuyeron a hacerla ineficaz, y por incumplimiento de los deberes de su cargo.

Para determinar si estas imputaciones están acreditadas y son susceptibles de las sanciones establecidas por el Decreto en mención, se procede a estudiarlas separadamente, con base en los elementos de juicio que se dejan relacionados, a fin de establecer la situación jurídica de cada uno de los Magistrados de aquel Tribunal.

Omisiones o retardos injustificados en el despacho oportuno de los negocios.

En el artículo 2º del Decreto ya citado, se lee:

"...son causales para la imposición de sanciones disciplinarias las siguientes:

"2ª Omisión o retardo injustificados en el despacho de los asuntos a su cargo".

Según se afirmó ya, de la diligencia de visita practicada por el Fiscal Segundo del Tribunal Superior de Cartagena, sólo se deducen cargos por omisiones o retardos a los Magistrados doctores Alario Di Filippo, Francisco de P. Manotas, Patricio Villalba y Francisco Rodríguez Badel. A los Magistrados doctores Ramón Mercado y Augusto Miranda, no les aparece de aquella diligencia, imputación alguna por omisiones o retardos en el despacho de los negocios que les fueron repartidos. Ese documento, acredita que estos últimos funcionarios han cumplido con los deberes de su empleo, en cuanto han dado evasión dentro de los términos legales o han tramitado oportunamente los asuntos que en los repartos les correspondieron.

Esta situación se puso de presente con la sola lectura de la diligencia de visita y por eso, no se les pidió información, porque no había hecho alguno que debieran explicar. Por consiguiente, no hay lugar a imponer sanciones disciplinarias a esos Magistrados por omisiones o retardos en el despacho de los asuntos a su cargo.

Muy distinta es la situación de los Magistrados Alario Di Filippo, Francisco de P. Manotas, Patricio Villalba y Francisco Rodríguez Badel. Estos, en el momento de la visita sí tenían negocios en los que los términos señalados por la ley para dictar la providencia respectiva, se habían cumplido, es decir, que la omisión o retardo en el despacho de tales negocios les es imputable.

Dichos Magistrados no niegan esa imputación; la reconocen explícita o implícitamente y el único descargo que presentan, es el de exceso de trabajo por el gran número de negocios entrados en sus oficinas. También afirman algunos de ellos, que la mayor parte de los asuntos que tenían demorados los despacharon en el tiempo que siguió a la mencionada diligencia, explicación ésta que no es aceptable, porque las demoras o retardos anotados por el Visitador, ya se habían consumado y el despacho posterior de los asuntos demorados, no hace desaparecer el hecho verificado en el momento de aquella diligencia.

Según se deja anotado, el Magistrado doctor Di Filippo tenía demorados para fallar seis (6) negocios civiles; el Magistrado doctor Francisco de P. Manotas, diez y siete (17) asuntos civiles y once (11) procesos penales; el Magistrado doctor Villalba, ocho (8) negocios civiles; y el Magistrado doctor Rodríguez Badel, cuatro (4) procesos penales.

El movimiento de trabajo, en las mesas de los mismos Magistrados del cuatro de julio de 1951 al 5 de febrero de 1952, según se ha dejado establecido, fue el siguiente:

Magistrado doctor Alario Di Filippo

Le entraron durante el lapso indicado, 55 negocios civiles y 132 procesos penales.

Despachó en el mismo tiempo, 25 asuntos civiles y 86 penales.

Además, 27 negocios penales estaban con proyecto de fallo.

Magistrado doctor Francisco de P. Manotas

Le entraron durante el tiempo indicado, 75 negocios civiles. No hay dato en la diligencia de visita, de los procesos penales que hubieran sido repartidos a este Magistrado, pero según se deduce de la certificación del Secretario del Tribunal (fl. 76), fueron 161.

Canceló durante dicho lapso, 28 asuntos civiles y 87 penales.

Tenía 3 negocios penales con proyecto.

Magistrado doctor Villalba

Le entraron 24 negocios civiles y 213 penales.

Despachó 4 negocios civiles y 139 penales.

Con proyecto de fallo, 16 asuntos penales.

Magistrado doctor Rodríguez Badel

Se le repartieron, 31 asuntos civiles y 198 penales.

Canceló en el mismo tiempo, 16 civiles y 142 penales.

Con proyecto de fallo, 2 negocios civiles.

Se observa de la anterior relación sobre el movimiento de trabajo en los despachos de los Magistrados, que la situación de éstos no es la misma, para el efecto de deducirles responsabilidad por los retardos en que han incurrido al no despachar oportunamente los asuntos civiles y penales a que se contraen las demoras. Hay Magistrados que no tenían demoras en los asuntos penales, y sí en los civiles, como el doctor Di Filippo y el doctor Villalba; el doctor Rodríguez Badel, no tenía demoras en los negocios civiles y sí en los penales; y el doctor Manotas, en ambas clases de asuntos.

Sin embargo es justo anotar que el movimiento de trabajo en las Salas de todos los Magistrados en los siete meses que comprende la visita, es apreciable y no podría afirmarse con toda propiedad, que los retardos aludidos, se deban precisamente a pereza, desidia o no dedicación a las tareas que les están encomendadas por la ley.

El numeral 2º del artículo 2º del Decreto 3665 sanciona como falta disciplinaria, la "omisión o retardo injustificados en el despacho de los asuntos" a cargo de los Magistrados y Jueces, es decir, que esas demoras ocurran sin causas ni motivos aceptables, como lo serían la negligencia o desidia habitual del funcionario en no despachar dentro de los plazos fijados por la ley, los negocios a su cuidado. Se trata de actos de omisión o de retardo consistentes en haber dejado de hacer el funcionario, algo a que legalmente estaba obligado, lo cual equivale intrínsecamente a la realización de actos negativos, que hacen nugatorios los mandatos de la ley e impiden la realización de aquellos actos jurídicos que obligatoriamente debían producirse, a no mediar la negligencia del funcionario en el cumplimiento de los deberes de su oficio.

Las omisiones o retardos sancionados por el Decreto aludido, no son todos los que a primera vista reciben esta calificación, sino únicamente aquellos que sean injustificados, lo que quiere decir, que para que exista la falta disciplinaria, no basta la sola demostración del hecho objetivo o material, sino que además, se requiere la concurrencia del factor subjetivo o moral que radica en aquella negligencia, desidia o descuido del funcionario en el cumplimiento de sus labores o bien en la intención dolosa de omitir o retardar un acto que debía llevar a cabo dentro de ciertos y determinados lapsos. Por eso, el solo hecho del retardo no implica forzosamente que el agente sea responsable de él, sino que es necesario que sea injustificado, pues cuando la demora en proferir las decisiones judiciales depende de factores extraños a la voluntad del inculpado, como lo sería el exceso de trabajo por el gran número de negocios entrados a su oficina y otras causas semejantes, estos factores equivalentes a hechos imprevistos, colocan el acto o actos imputados fuéra del control de lo que legal y jurídicamente puede sancionarse y dan lugar a sostener con toda propiedad, que se trata de hechos extraños a la función represiva del poder público.

Cuando el funcionario es asiduo y diligente en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley, en lo que se relaciona con el despacho y sustanciación de los negocios que le han sido confiados, pero no logra darles evasión dentro del término que aquélla le prescribe, por oponérsele un obstáculo material o un imposible físico proveniente del recargo de negocios, no puede exigírsele responsabilidad por esa clase de omisiones, porque en ese caso, estaría ausente uno de los elementos de la falta que se sanciona, que sea injustificada, como lo dispone el Decreto Ejecutivo citado.

Y esto es lo que ocurre con respecto a los Magistrados que no tenían sus despachos al día: que el exceso de trabajo por el gran número de negocios entrados a sus mesas, les impidió despacharlos todos dentro de los términos fijados por la ley.

La Sala ha hecho la observación de que la situación de los Magistrados imputados para efecto de deducirles responsabilidad por los retardos que se

examinan, no es la misma, pues unos han dado más rendimiento que otros. Pero esto tiene sus explicaciones en circunstancias de diversa índole, tales como la complejidad de los asuntos que correspondió estudiar a unos Magistrados y la facilidad para la decisión de los que fueron repartidos a otros; la distinta capacidad de los funcionarios para resolver los problemas jurídicos cuya decisión les fue encomendada; la promiscuidad en el conocimiento de los negocios, que exige del funcionario especialización tanto en la materia civil como en la penal y que al no tenerla, implica mayor estudio y consecuencialmente, un mayor tiempo para la solución de los problemas que se le presentan, etc...

Entre las explicaciones que ha dado el Magistrado doctor Villalba, para justificar las demoras que se cargan a su cuenta, incluye el hecho consistente en que estuvo enfermo en una clínica durante un mes, y en los días siguientes, no estaba capacitado físicamente para dar el máximum de rendimiento en sus labores. Esta explicación no es aceptable: lo que procede en esos casos es la solicitud de licencia durante el tiempo de la enfermedad, como expresamente lo estatuye la ley, con el objeto de que no sufran perjuicio por ese motivo las actividades que corresponda realizar al funcionario que se encuentre transitoriamente incapacitado para trabajar. Con todo, como está acreditado que a pesar de los motivos de enfermedad, el doctor Villalba dio un buen rendimiento de trabajo, los retardos que se le anotaron no son injustificados y no es el caso de sancionarlo por ese concepto.

Las consideraciones anteriores, llevan a la conclusión de que el informativo no suministra fundamento legal para sancionar disciplinariamente a los Magistrados del Tribunal de Cartagena, a quienes aparecieron omisiones o retardos en el despacho oportuno de los negocios hallados en sus oficinas en el momento de la diligencia de visita.

Actuaciones u omisiones que produjeron retardos en la administración de justicia y contribuyeron a hacerla ineficaz e incumplimiento de los deberes de su cargo.

Se afirma antes, que no hay fundamento legal ni jurídico para sancionar disciplinariamente a los Magistrados del expresado Tribunal, por demoras o retardos injustificados en el despacho de los negocios a su cargo, pero no sucede lo mismo en lo tocante a las imputaciones consistentes en no haber hecho el reparto de los asuntos civiles y penales con la frecuencia prescrita por el Código de Procedimiento Civil, ni las visitas de cárcel semanalmente, como lo ordena la ley procesal penal.

En relación con el primer hecho, el Código Judicial dispone que los negocios de que deban conocer los Tribunales, se distribuyen entre sus miembros por el Presidente, *"debiendo hacerse el repgrto por lo menos una vez cada semana"*. (Artículo 83 del C. de P. C.).

Agrega esta disposición, que el repartimiento se llevará a cabo, aplicando las disposiciones del reglamento del respectivo Tribunal.

El reglamento del Tribunal de Cartagena, dispone que "El repartimiento debe hacerse por lo menos una vez por semana y lo hará el Presidente de la respectiva Sala".

No dice ese Acuerdo, en qué forma debe hacerse el repartimiento, pero en la práctica todos los Tribunales llevan a cabo esa diligencia, en la forma determinada por el Código Judicial, es decir, agrupando por clases los asuntos; repartiendo cada grupo por turno, a la suerte entre los varios Magistrados, siguiendo el orden alfabético de apellidos; y cuando no hay suficiente número de asuntos para verificar la suerte, se adjudican a quien corresponda, por turno.

Y según se deja precisado en ôtra parte de esta providencia, las normas que reglamentan el reparto semanal de los negocios civiles y penales, no se cumplieron por el Tribunal de Cartagena, pues los repartos sólo se hacían cada dos meses.

De otro lado, las explicaciones que sobre este cargo dá el Presidente del Tribunal, son inaceptables. Si no había suficiente número de negocios de cada grupo, para verificar la suerte entre los Magistrados, han debido repartirse adjudicándolos a quien correspondiera, sin que fuera obstáculo para cumplir las disposiciones legales, las posibles críticas que pudieran hacerse por los interesados, pues los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes no tienen más normas que la ley ni mejor Juez que su propia conciencia.

Y en cuanto a la omisión consistente en no efectuar semanalmente las visitas de cárcel en los varios establecimientos de detención, también es éste un hecho acreditado en los autos y reconocido por los Magistrados del Tribunal de Cartagena.

A este respecto, dice el artículo 716 del Código de Procedimiento Penal:

"Los establecimientos de detención preventiva serán visitados todos los sábados por el Juez o Jueces en lo criminal residentes en el lugar del establecimiento, acompañados de sus secretarios, de los respectivos Agentes del Ministerio Público y de la

primera autoridad política del lugar o su representante.

"En las cabeceras de Distrito Judicial presidirán las visitas de cárcel, por turno, los Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior".

Esta norma fue violada por los Magistrados del referido Tribunal, puesto que sin causa justificativa dejaron de practicar en los establecimientos de detención preventiva, la visita ordenada por dicha disposición. Que los locales no prestaran seguridad para la realización de ese acto, que hubiera rumores de que los Magistrados pudieran ser irrespetados o agredidos, como había ocurrido en la ciudad de Santa Marta con el Magistrado doctor Alvarez Gómez, a quien un preso le dio muerte en el momento de la visita, son explicaciones que no los eximen de responsabilidad por la omisión cometida; en primer lugar, porque las circunstancias presentadas como descargos no están acreditadas y además, porque si no había seguridades para la práctica de la diligencia, los señores Magistrados tenían medios adecuados para obtenerlas de las autoridades administrativas.

Las omisiones examinadas antes, son constitutivas de faltas disciplinarias, según las normas del Decreto 3665 de 1950. Este Decreto dice en el artículo 2º:

"...son causales para la imposición de sanciones disciplinarias las siguientes:

"3º Actuaciones u omisiones que produzcan retardos injustificados en la administración de justicia que tiendan a hacerla ineficaz o restarle imparcialidad".

Y el numeral 4º del mismo artículo, contempla las faltas injustificadas de asistencia a las respectivas oficinas, el cierre inmotivado de éstas, el trato indebido al público o a los subalternos, etc.... *"y otros hechos análogos"*, entre los cuales, según el espíritu del Decreto y las finalidades perseguidas con las normas contenidas en él, que no fueron otras que las de corregir a los funcionarios cuando infrinjan los deberes y obligaciones que les impone la ley o aquellas otras que por su carácter de tales deben observar en guarda de su decoro profesional y del buen nombre de la administración, se comprenden todos aquellos casos en que los funcionarios omiten el cumplimiento de deberes que de manera expresa les señala la ley.

En el caso presente, el no practicar los repartos dentro de los períodos indicados ni las visitas a los establecimientos de detención preventiva los sábados de cada semana, constituyen omisiones sancionadas como faltas disciplinarias, en los numerales 3º y 4º del artículo 2º del Decreto 3665 de 1950. Lo primero, porque esa omisión produjo retardos injustificados en la administración de justicia y contribuyó a hacerla ineficaz; lo segundo, porque el hecho de no practicar las visitas de presos con la frecuencia determinada por la ley procedimental penal, es una clara violación de uno de los deberes que a los funcionarios del órgano judicial les impone dicha ley.

El cargo que surge del hecho de no practicar el repartimiento de los negocios civiles y penales, una vez por semana, es imputable al Magistrado doctor Alario Di Filippo, porque está establecido que éste era quien ejercía las funciones de Presidente del Tribunal de Cartagena, del seis de julio de 1951 al cinco de febrero de 1952, lapso a que se refiere la diligencia de visita, y de acuerdo con el Código Judicial y con el reglamento de la Corporación, le correspondía hacer esos repartos.

La falta disciplinaria constituída por no haber efectuado las visitas de presos en los días fijados por la ley, se carga a la cuenta de todos los Magistrados que integraban el referido Tribunal. Esta es una corporación que conoce promiscuamente de asuntos civiles y penales y por lo tanto, todos los Magistrados que la integraban, de acuerdo con la norma procedimental ya indicada, debían practicar y presidir tales visitas, por turno, cada semana, y de ahí que, aquella omisión sea imputable a todos ellos.

El artículo 3º del Decreto varias veces citado, prescribe que los funcionarios y empleados a que se refiere el artículo 1º del mismo, cuando fueren declarados responsables de una o más faltas, omisiones o irregularidades de que trata el artículo 2º, incurrirán según la gravedad de la falta, omisión o irregularidad o la pertinacia en ellas, en las siguientes sanciones:

"a) Multa hasta de quinientos pesos ($ 500.00).

"b) Suspensión del cargo o empleo hasta por treinta (30) días.

"c) Destitución".

En conformidad con la norma antes relacionada, los criterios reguladores de las sanciones disciplinarias, son la gravedad de la falta, omisión o irregularidad, y la pertinacia en éstas. De acuerdo con estos criterios, en el caso de autos, dada la gravedad de las omisiones imputadas a los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena y considerando que no hay constancias de que antes de ahora hubieran sido sancionados por esa clase de faltas, debe aplicárseles la sanción de multa a que se refiere el ordinal a) del artículo 3º del Decreto

Ejecutivo 3665. Esta sanción de multa, se fija prudencialmente en cien pesos ($ 100.00) moneda corriente, para cada uno de los Magistrados doctores Francisco de P. Manotas, Patricio Villalba, Francisco Rodríguez Badel, Ramón Mercado y Augusto Miranda. La sanción para el Magistrado doctor Alario Di Filippo, debe ser la de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), porque éste es reponsable de una doble omisión: no sólo dejó de practicar y presidir las visitas de cárcel que le correspondían, sino que en su condición de Presidente del Tribunal no cumplió con el deber que le señalaban la ley y los reglamentos de la Corporación, de verificar semanalmente los repartos de los asuntos penales y civiles que llegaban a la Secretaría de dicho Tribunal.

Las sanciones antes indicadas, son apenas equitativas y corresponden a la gravedad de las faltas imputadas a los Magistrados. No se trata de omisiones carentes de trascendencia, en lo que atañe a la correcta y eficaz administración de justicia; son actos de incumplimiento de primordiales deberes legales, cuyo olvido e inobservancia manifiesta, tienen capacidad para dañar el derecho de los ciudadanos, ocasionándoles graves perjuicios en su vida económica y en todo lo que se relaciona con la libertad personal y con la reputación del hombre.

Un reparto demorado en asuntos civiles, puede perjudicar económicamente a los interesados; una demora en el reparto de asuntos penales, refluye directamente en perjuicio de la libertad y de la reputación de quienes se encuentren detenidos preventivamente por causa de hechos sancionados por el Código Penal; la omisión de las visitas de cárcel, es la violación de uno de los más importantes deberes de quienes están encargados de esa rama de la justicia, porque esas visitas tienen por objeto controlar el estado de los procesos, establecer si han sufrido retardos injustificados o no, verificar la manera como se trata a los detenidos y si cumplen las disposiciones legales y reglamentarias al respecto, y si hay en los establecimientos carcelarios aseo, seguridad, comodidad y la debida clasificación y separación entre las diversas clases de detenidos.

Las multas de que antes se habla, deberán ser descontadas a los sancionados, del valor de sus sueldos devengados, por el respectivo pagador (artículo 11 del Decreto 3665 de 1950).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, IMPONE a cada uno de los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, doctores Francisco de P. Manotas, Patricio Villalba, Francisco Rodríguez Badel, Ramón Mercado y Augusto Miranda, la multa de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente, y al Magistrado doctor Alario Di Filippo, la de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), como responsables de las faltas disciplinarias a que se refiere la parte motiva de esta providencia, multas que deberán descontarse a dichos Magistrados del valor de sus sueldos devengados, por el pagador de los empleados del Organo Jurisdiccional del Distrito Judicial de Cartagena.

Para la notificación de esta providencia, comisiónase al señor Fiscal Segundo del Tribunal de Cartagena, quien deberá dar cuenta a la Corte del cumplimiento de la comisión.

Por la Presidencia de la Corte Suprema, dése cuenta de esta Resolución al Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia (artículo 8º del D. E. 3665 de 1950) y al Pagador del Poder Judicial de Cartagena para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Gualberto Rodríguez Peña—Gerardo Arias Mejía (salvo el voto) — **Alfonso Bonilla Gutiérrez. Francisco Bruno. — Luis Enrique Cuervo A. — Alejandro Camacho Latorre. — Pedro Castillo Pineda** (salvo mi voto).—**Luis A. Flórez** (con salvamento de voto).—**Agustín Gómez Prada.—Luis Gutiérrez Jiménez. — Alberto Holguín Lloreda. Rafael Leiva Charry. — Pablo Emilio Manotas** (con salvamento de voto).—**Luis Rafael Robles. Manuel José Vargas. — Angel Martín Vásquez. Hernando Lizarrade,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

El criterio de interpretación de la causal 2ª del Decreto número 3665 de 1950 de la mayoría de la Corte, consignado en la decisión, de la cual nos apartamos parcialmente, consistente, en este caso concreto, en asentar la doctrina de que no hay fundamento jurídico ni legal para sancionar disciplinariamente a los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, por razón de demoras o retardos en el despacho de los negocios a su cargo, porque el solo hecho de su existencia, no implica forzosamente la responsabilidad del agente, sino que es necesario que sean injustificados, y que, cuando concurran factores extraños que impidan la oportuna expedición de las decisiones judiciales, tales factores se equiparan a los denominados hechos imprevistos, que colocan al acto o actos imputados fuéra del control de lo que legal y jurídicamente puede sancionarse, y dá lugar a sostener con toda propiedad, que se trata de actuaciones u omisiones extrañas a la función represiva del poder público, lo compartimos, y estamos de acuerdo con la absolución de aquellos funcionarios por este aspecto de la investigación.

No así, con la interpretación y aplicación de la causal 3ª del mencionado Decreto, en cuanto hace a las imputaciones consistentes en no haber hecho el repartimiento de los negocios civiles y penales con la frecuencia prevista en el Código de Procedimiento Civil, ni las visitas de cárcel, semanalmente, como lo ordena la ley procesal penal, de las cuales disentimos, por estas razones:

1ª La causal 3ª del artículo 1º del Decreto 3665 de 1950, comprende dos situaciones: a) La referente a actuaciones u omisiones que produzcan retardos injustificados que tiendan a hacer ineficaz la administración de justicia, y b) La concerniente a actuaciones u omisiones encaminadas a restarle imparcialidad a la administración de justicia. Y ninguno de estos extremos, procesalmente hablando, ha tenido demostración en el informativo; en éste no obra prueba alguna de la cual pueda inferirse siquiera que los retardos en los repartamientos de los asuntos, hubiera contribuído, en algún caso concreto a su ineficacia, ni a restarle imparcialidad a las decisiones judiciales proferidas en determinados negocios. En tales condiciones nos resulta notoriamente injurídico imponer una sanción con base en dicha causal.

Obsérvese, cómo en el informativo, no hay constancia de ninguna naturaleza que indique que, entre los negocios penales repartidos, hubiera alguno con detenidos o presos, puestos a disposición del Tribunal, o que en caso de existir, no se hubiera llevado a cabo un repartimiento extraordinario, como lo autorizan, para estos eventos, la ley y los reglamentos de los Tribunales. Lo propio acontece con los negocios civiles repartidos en aquellas condiciones: tampoco hay constancia de que alguno de ellos, estuviera pendiente de solución inmediata, por la calidad, o urgencia de proteger los intereses en controversia.

No hay, pues, en la cuestión de los repartimientos, ninguna situación concreta establecida, de la cual, pueda deducirse siquiera, la posibilidad de una actuación u omisión de parte de uno, o de todos los Magistrados, que interfiera la eficacia de la administración de justicia, o que le restase imparcialidad al proferir alguna de las decisiones del Tribunal.

2ª En cuanto a la omisión en la práctica de las visitas de cárcel, semanalmente, no podemos dejar pasar por alto la situación procesal, inadvertida por la mayoría de la Corte en su decisión, consistente en que esas visitas deben ser practicadas por los Magistrados de la Sala Penal, por turno; y cuando el respectivo Tribunal conozca promiscuamente de los negocios, deben serlo por todos los Magistrados, en la misma forma y teniendo en cuenta el orden alfabético de sus apellidos. Y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5º del Decreto 3665 de 1950, el procedimiento propio, especial, a seguir en esta clase de investigaciones, es el de que el Superior debe hacer conocer por escrito al inferior los actos u omisiones que se le atribuyan como causales de sanción disciplinaria. Conocimiento o noticia que debe ser personal e individual, no colectivamente, ni como Corporación.

En este informativo, no se cumplió con aquellas formas, los Magistrados no fueron oídos individualmente considerados, y no se les dio así oportunidad para presentar los respectivos descargos personales de las imputaciones que se les hacían, dando lugar la Corte, con este procedimiento, seguido de la decisión final que los sanciona, a la violación flagrante del precepto constitucional del artículo 26 de la Carta, que consagra la garantía de la seguridad personal, en los siguientes términos:

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

La realidad procesal es, pues, que los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, han sido juzgados y sancionados disciplinariamente, por la Corte, sin haber sido oídos, ni vencidos en juicio, por falta de observancia de la plenitud de las formas propias del que debe seguirse para la aplicación de las sanciones previstas por el Decreto 3665 de 1950, ya que la garantía constitucional opera en toda clase de juicios, ora sea criminal ordinario, correccional o de policía, ora fiscal, militar o de responsabilidad.

Dejamos así, consignado nuestro salvamento parcial de voto, por cuanto —lo repetimos— en el presente caso y en las condiciones apuntadas no había lugar a imponer sanción alguna disciplinaria contra los señores Magistrados acusados.

Pedro Castillo Pineda. — Luis A. Flórez.—Pablo Emilio Manotas—Gerardo Arias Mejía.

SE DECLARA EXEQUIBLE UN PROYECTO DE LEY

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena.—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

Las Cámaras Legislativas aprobaron, en los debates reglamentarios, el proyecto de ley "por la cual se auxilia al Municipio de Risoucio (Caldas), para la construcción de una plaza de mercado", proyecto que dice textualmente:

"*El Congreso de Colombia*, DECRETA:

"Artículo 1º—Auxíliase al Municipio de Riosucio, Departamento de Caldas, para la construcción de una plaza de mercado, con la suma de cien mil pesos ($ 100.000.00).

"Artículo 2º—Dicha suma se incluirá necesariamente en el Presupuesto. Si no se alcanzare a incluir la totalidad del auxilio, entonces se dicstribuirá en dos partidas para las vigencias inmediatas.

"Artículo 3º—Esta ley regirá desde su sanción.

"Dada en Bogotá, a siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve".

Pasado a la sanción ejecutiva, el Excelentísimo señor Presidente de la República devolvió el proyecto al Congreso, con mensaje de objeciones fechado el 24 de diciembre de 1948, en el cual observa que aquél es violatorio del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución, por no haberse ceñido a la ley 71 de 1946, "que es la ley normativa dictada en desarrollo del principio consignado en la Carta".

Ante la insistencia de las Cámaras, quienes declararon infundadas las objeciones, el Jefe del Estado, con oficio de 13 de abril de 1950, pasó a esta Corte el proyecto referido, con sus antecedentes, para que ella decida sobre su exequibilidad.

El señor Procurador General de la Nación, en su vista de 5 de mayo de 1950, principia por conceptuar qué si no se allegaron al proyecto los elementos exigidos por la ley 71, como se deduce de los términos del mensaje presidencial, "es evidente que el proyecto queda viciado de inconstitucionalidad"; pero en seguida analiza los antecedentes reglamentarios de aquél, que obran en el expediente remitido a esta Corporación, para concluir que surge la hipótesis "bastante verosímil de que el proyecto fuera acompañado inicialmente de todos los elementos exigidos por la citada ley 71, lo que conduciría a declarar constitucional el proyecto". Y considerando el señor Procurador que esa hipótesis "crea un problema de orden jurídico antes no contemplado", dice que se resolvería aplicando, si está vigente, la jurisprudencia en que la Corte ha declarado que "no se cree autorizada para abrir proceso a una ley a efecto de resolver si en los actos preparatorios de ella se infringieron o no las reglas constitucionales", aunque él estima que tal doctrina ha sido modificada y termina conceptuando "que la Corte no puede hacer una declaración de inconstitucionalidad alegando que los documentos no aparecen agregados al expediente, existiendo, como existen, serios fundamentos para creer que la documentación exigida por la ley 71 fue presentada con el proyecto objetado".

Se considera:

El mensaje de objeciones no precisa las deficiencias del proyecto de ley en orden a los requisitos exigidos por la ley 71 de 1946. Limítase a decir, después de hacer referencia a ésta y al ordinal 20 del artículo 76 de la Carta que "vistos los antecedentes del proyecto de ley se observa que no se ciñó a la disposición de planificación y por consiguiente infringió la disposición constitucional". Pero el hecho mismo de no anotar el mensaje una omisión parcial de los comprobantes normativos, parece estar indicando que la objeción tuvo en cuenta la falta absoluta de ellos.

Ahora bien, en la exposición de motivos presentada a la Cámara Baja por el representante señor Otto Morales Benítez, autor del proyecto, se lee lo siguiente:

"Dando cumplimiento al ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y a la Ley 71 de 1946 que lo desarrolla, me permito presentar a vuestra consideración el presente proyecto. Acom-

paño los planos autorizados por las autoridades respectivas; un presupuesto detallado; los certificados del Alcalde y del Personero respectivo sobre la índole y fines de la obra. Como lo deduce vuestra inteligencia, se han cumplido todos los requisitos legales, y por lo tanto, tengo derecho a impetrar la aprobación de este proyecto de ley".

En la ponencia del representante señor Evelio Echeverri Isaza, en que se propuso dar primer debate al proyecto, se afirma que éste llena "la totalidad de los requisitos y documentos exigidos por el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional y la ley 71 de 1946 que lo desarrolla"; afirmación que repitió en su informe para segundo debate.

El ponente ante el Senado, que lo fue el Senador señor Gustavo Hernández Rodríguez, anotó que el proyecto estaba acompañado de los planos respectivos.

Por último, según certificación del Jefe de la Sección de Leyes de la Cámara de Representantes, en el libro de recibos de los proyectos que se envían para la sanción ejecutiva, correspondiente al año de 1948, figura el siguiente:

"Diciembre 18.—Recibí el proyecto de ley '*por la cual se auxilia al Municipio de Riosucio* (*Caldas*) para la construcción de una plaza de mercado', que se remite en doble ejemplar, con sus antecedentes, planos y mensaje número 361 bis.

(Firmado) Antonio Salazar U.

Bogotá, agosto 30 de 1949.

(Fdo.) *Alberto Guzmán*".

En vista del recibo transcrito y de las referidas afirmaciones de honorables representantes y senadores, cuya veracidad debe presumirse, considera la Sala que no media razón alguna que autorice el desconocimiento del hecho de haberse presentado el proyecto de ley en cuestión provisto de la documentación completa que para estos casos exigen los artículos 2º y 5º de la ley 71 de 1946, y que si a la sanción ejecutiva presentóse aquél sin los comprobantes necesarios, lo que motivó la objeción del Gobierno, ello no puede significar que en realidad el proyecto hubiera sido aprobado por el Congreso sin que se hubieran acompañado los documentos normativos correspondientes.

Confirma esta conclusión el hecho de que cuando la Corte, por medio del señor Magistrado ponente, exhortó, entre otros funcionarios, al señor Secretario General de la Presidencia de la República, para que se buscaran aquellos documentos, aparecieron los planos completos de la plaza de mercado proyectada, que el señor Secretario General envió con su oficio 4886 de 4 de abril de 1951. Y al abrir el señor Magistrado ponente el rollo de tales planos encontró allí copia autenticada del pliego de especificaciones y del presupuesto para la obra, y el oficio número 17 de 17 de noviembre de 1947, en que el Secretario del Concejo de Riosucio transcribe al señor Personero Municipal la Resolución 237, de 29 de agosto del mismo año, por medio de la cual fueron aprobados los planos expresados. Estos documentos han quedado glosados al expediente.

Habiendo aparecido la mayor parte de los documentos que deben respaldar el proyecto objetado, y debiendo presumirse, según lo que ya se ha dicho, que todos fueron presentados con el mismo proyecto, aparece claro que éste no ha causado la violación del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución.

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, y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara EXEQUIBLE el Proyecto de Ley "por la cual se auxilia al Municipio de Riosucio (Caldas) para la construcción de un plaza de mercado".

En consecuencia, pase el expediente original al Excelentísimo señor Presidente de la República para la sanción respectiva.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Gualberto Rodríguez Peña—Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Francisco Bruno. Pedro Castillo Pineda—Alejandro Camacho Latorre—Luis E. Cuervo A.—Luis A. Flórez—Agustín Gómez Prada — Luis Gutiérrez Jiménez—Alberto Holguín Lloreda — Rafael Leiva Charry—Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez—Hernando Lizarralde, Secretario.

QUEJA CONTRA UN MAGISTRADO DE UN TRIBUNAL SUPERIOR .— EN EL CASO DEL ARTICULO 4º DEL DECRETO 3665 DE 1950, AUNQUE SE TRATA DE UNA ACCION PUBLICA Y EL PROCEDIMIENTO ES OFICIOSO, NO ES POSIBLE DAR CURSO AL PROCESO SI FALTA LA PRUEBA O EL PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO DE LOS HECHOS, CUANDO ES A PETICION DE UN PARTICULAR

El artículo 4º del Decreto 3665 de 1950 confiere al superior jerárquico del funcionario acusado competencia para decidir sólo sobre lo alegado y probado por el acusador.

En efecto, el artículo 4º citado preceptúa que el procedimiento para la imposición de cualquiera de las medidas disciplinarias de que trata el artículo 3º ibidem, puede ser de oficio; o a instancia del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia o del Agente del Ministerio Público o a petición de cualquier particular. Pero en este último caso —a diferencia de los anteriores— el primero de tales preceptos exige además que con la solicitud se presnte la pruba sumaria de los hechos, o siquiera un principio de prueba por escrito, exigencia esta última, cuya finalidad no es otra que poner a cubierto contra infundadas acusaciones a los funcionarios o empleados a que el mismo Decreto se refiere.

De lo cual es forzoso concluír que a falta de aquella prueba o principio de prueba, no es posible dar curso a procesos de esta clase, así se trate de una acción pública, de procedimiento oficioso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Plena. — Bogotá, veinte y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

En memorial de fecha 27 de marzo último, recibido aquí el 24 de junio siguiente, según constancia de la Secretaría, el abogado doctor José Francisco Angulo, vecino de Barranquilla, manifiesta a la Corte que "por el presente escrito ejercito la acción pública que consagra el Decreto 3665 de 1950, en contra del actual Presidente y miembro del H. Tribunal Superior de Justicia, doctor Rafael Marriaga".

No expresa el memorialista en cuál de las causales, que de acuerdo con el artículo 2º del Decreto citado dan lugar a la imposición de medidas disciplinarias a los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional del Poder Público, basa su acusación; pero de los hechos que expone se comprende claramente que la funda tanto en la 3ª de dichas causales como en lo dispuesto por el artículo 9º del mismo Decreto, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Artículo 2º—Sin perjuicio de la correspondiente acción penal, cuando a ella hubiere lugar, o de lo que establezcan al respecto disposiciones especiales, son causales para la imposición de sanciones disciplinarias las siguientes:...

"3ª Actuaciones u omisiones que produzcan retardos injustificados en la administración de justicia, que tiendan a hacerla ineficaz o restarle imparcialidad".

"Artículo 9º El superior que conozca de un proceso por sanciones disciplinarias y que en su tramitación incurra en demoras injustificadas, con violación de los términos aquí fijados, se hará acreedor a la correspondiente sanción disciplinaria, y, en caso de reincidencia, quedará inhabilitado por dos años para ser nombrado o reelegido en cualquier cargo de los mencionados en el artículo 1º de este Decreto.

"En la misma inhabilidad incurrirá el empleado o funcionario a quien se aplique como sanción disciplinaria la de destitución".

El doctor Angulo, en efecto, concreta sus cargos en estos sintetizados términos:

1º—Ante el Juez único del Municipio de Puerto Colombia, señor Tito Hamburger, cursaba un juicio de lanzamiento contra un comerciante de la localidad, a quien apoderaba el doctor Rafaél Morales y Sudea.

2º—Considerando éste que se habían pretermitido formalidades procedimentales que acarreaban nulidad, propuso el incidente del caso, que le fué negado. Además, contra lo dispuesto en el ordinal 5º —que no existe— del Art. 119 del C. de P. P., el doctor Morales y Sudea fué sancionado por el Juez con tres días de arresto.

3º—El 29 de octubre del año pasado el doctor Morales y Sudea presentó queja contra el mencionado Juez Hamburger, pero el doctor Marriaga ordenó no darle curso, porque el Secretario del Tribunal no dijo que había sido presentada personalmente por el signatario.

4º—El doctor Morales y Sudea no quiso seguir como apoderado del comerciante. Fué entonces cuando el doctor Angulo aceptó el poder de éste, limitando sus actividades a que se resolviera el incidente de apelación contra la sentencia de primera instancia y a que se devolvieran las mercancías que el día del lanzamiento fueron dadas en calidad de secuestro a un hijo de la demandante.

5º—Como su actuación en el juicio de lanzamiento se viera cada vez interrumpida por las maneras poco adecuadas del Juez, el doctor Angulo rogó al Fiscal del Juzgado 1º Superior, doctor Augusto César Antequera, que le acompañara hasta el Juzgado de Puerto Colombia.

6º—Según el informe del Fiscal para el Tribunal Superior, "en todo momento el señor Juez mantuvo un tono altivo y grosero y el doctor Angulo un tono comedido" viendo el señor Juez que el doctor Angulo no le daba oportunidad de descargar su ira se dirigió al lugar en que estaba el doctor Angulo, y le dió un pisotón; "el señor Juez dijo que en diferentes ocasiones se había batido con distintas personas, y que no le importaba ir a la cárcel, pues eso era para él tomar vacaciones".

7º—Como los intereses de su cliente resultaran abandonados por tales motivos, (como siguen estándolo, por cuanto el Juez aún no ha resuelto ni siquiera el incidente (sic) de apelación oportunamente interpuesto, el doctor Angulo se dirigió al Tribunal Superior para que lo protegiera, en memorial de queja contra el Juez Hamburger, memorial que pasó al despacho del Presidente del mismo Tribunal doctor Marriaga, el 23 de enero de 1952 día de su presentación.

8º—De acuerdo con los términos perentorios del Decreto 3665, el doctor Marriaga quien fué el que postuló al señor Tito Hamburger para Juez de Puerto Colombia, tenía uno de estos dos caminos: o someter a repartimiento la queja, o dar el traslado de dos días de que habla el artículo 5º del precitado Decreto. No obstante, aquél optó por un procedimiento dilatorio, cual fué poner la queja a la consideración del Tribunal en Pleno.

9º—Mientras tanto los días transcurrían sin que en las sesiones del Tribunal se considerara el memorial de acusación, y fué sólo un mes más tarde, el 22 de febrero siguiente, cuando aquél ordenó someterlo a reparto. Sin embargo, tal memorial fué agregado, sin providencia alguna que así lo ordenara, a otro también de queja contra el mismo Juez Hamburger, y pasó, sin repartimiento, al despacho del doctor Marriaga el 29 de dicho mes.

10º—En esta ocasión el procedimiento adoptado por el magistrado Marriaga fué otro: en lugar de ordenar el traslado de la queja al juez acusado por el término de dos días, tal como lo dispone el artículo 5º del Decreto 3665 de que se trata, el nombrado doctor Marriaga proveyó auto el 4 de marzo, o sea, cuatro días después, en el cual se declaró impedido para conocer de la queja, por amistad íntima con el doctor Angulo.

11º—Tal amistad íntima no ha existido en ningún momento, porque entre el doctor Angulo y el doctor Marriaga sólo ha habido un trato cortés, respetuoso y atento, como el que se estila entre colegas.

12º—Finalmente, el magistrado (sic) que resolvió sobre el impedimento lo negó, como correspondía hacerlo en justicia, y entonces la queja volvió al despacho del doctor Marriaga.

El querellante citó los artículos 4º, 9º y 10º del Decreto tantas veces citado, y dió remate a su memorial manifestando que acompaña como prueba la copia del informe dado al Tribunal por el Fiscal doctor Antequera y dos certificaciones expedidas por el magistrado acusado.

Por auto de fecha 26 de junio se dispuso correr traslado de la queja, por dos días, al doctor Marriaga, quien lo contestó oportunamente.

Se ha cumplido, por tanto, el trámite de rigor y en tal virtud procede la Corte a fallar con fundamento en las siguientes consideraciones:

Claramente se advierte de la sola lectura del memorial de queja, que no fueron simples omisiones o retardos justificados en el despacho de la queja propuesta contra el Juez Municipal de Puerto Colombia, los que llevaron al acusador a solicitar de esta Corte la imposición de medidas disciplinarias al Magistrado doctor Marriaga. El abogado fué muy explícito en la relación de los hechos determinantes de su acusación, que se dejaron transcritos.

Para éste, en efecto, son dos las actuaciones cumplidas por dicho Magistrado, que encajan dentro de la acción pública consagrada en el Decreto en cuestión. La primera, que el doctor Angulo no vacila en calificar de "procedimiento dilatorio", consistió en haber dispuesto el doctor Marriaga que se pusiera el memorial de queja en consideración

del Tribunal en Pleno, para que éste, un mes después, le ordenara someterlo a repartimiento. La segunda, haberse declarado impedido para conocer de la acusación por amistad íntima con el doctor Angulo, sin que existiera tal impedimento y ocasionando con ello la consiguiente demora en el despacho del negocio mientras se tramitaba el incidente respectivo.

Acerca de la actuación posterior al momento en que el acusado aprehendió el conocimiento de la queja contra el Juez Hamburger, nada observa el memorialista sin duda porque no halló —como en realidad no existe— base alguna para una fundada imputación por demoras, irregularidades u omisiones en el despacho de aquel negocio, ya respecto del Magistrado doctor Marriaga, ora en relación con los restantes magistrados que integran el Tribunal.

De ahí que la Corte se concrete al examen de los dos únicos cargos formulados en el memorial de acusación, ya que en su concepto, tratándose del procedimiento iniciado a virtud de petición de un particular, el artículo 4º del Decreto 3665 de 1950 sólo confiere al superior jerárquico del funcionario acusado competencia para decidir sobre lo alegado y probado por el acusador.

En efecto, el artículo 4º citado preceptúa que el procedimiento para la imposición de cualquiera de las medidas disciplinarias de que trata el artículo 3º ibidem, puede ser de oficio; o a instancia del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia o del agente del Ministerio Público; o a petición de cualquier particular. Pero en este último caso —a diferencia de los anteriores el primero de tales preceptos exige además que con la solicitud se presente la prueba sumaria de los hechos, o siquiera un principio de prueba por escrito, exigencia esta última cuya finalidad no es otra que poner a cubierto contra infundadas acusaciones a los funcionarios o empleados a que el mismo Decreto se refiere.

De lo cual es forzoso concluír que a falta de aquella prueba, o principio de prueba, no es posible dar curso a procesos de esta clase, así se trate de una acción pública de procedimiento oficioso.

De allí también que adelantadas las presentes diligencias a virtud de denuncia dada por el abogado doctor Angulo, es deber de la Corte examinar en primer término si de la prueba acompañada con el memorial de acusación aparecen acreditados los hechos que la fundamentan, y, además, si esos hechos dan lugar a la imposición de alguna de las medidas disciplinarias señaladas en el artículo 2º del Decreto mencionado.

Con su memorial de queja trajo el doctor Angulo dos certificaciones dadas por el Magistrado acusado, a saber:

Aparece de la primera que el 29 de octubre de 1951, el doctor Marriaga, en su carácter de Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, se abstuvo de dar curso a un memorial de queja dirigido por el doctor Morales y Sudea contra el Juez Municipal de Puerto Colombia, "hasta tanto se haga la correspondiente presentación personal".

Aparece igualmente de tal certificación que hasta el 17 de marzo último, según informe del Secretario del Tribunal, el memorialista doctor Morales y Sudea no había concurrido a hacer la presentación personal de dicha queja.

En la segunda certificación se afirma por el acusado:

Que el 23 de enero de este año presentó el doctor Angulo ante el Tribunal Superior un memorial de queja contra el mismo juez municipal de Puerto Colombia, y en auto de esa fecha el doctor Marriaga como presidente de la corporación, dispuso someter el memorial expresado al estudio del Tribunal, "en su próxima sesión".

Que por Acuerdo Nº 170 de 22 de febrero siguiente, se ordenó por el mismo Tribunal someter a repartimiento ese negocio.

Que el día 29 del propio mes de febrero entró la queja al despacho del doctor Marriaga y que por auto de 4 de marzo se declaró impedido para conocer de la acusación, fundándose en la causal 14 del artículo 435 del C. J., o sea, por amistad íntima del magistrado con el doctor Angulo.

Estos hechos los ratifica, además, el doctor Marriaga en su contestación al traslado que se le dió del memorial de queja. Acepta asímismo que "el magistrado que conoció del impedimento manifestado, lo negó". Afirma que la protección pedida por el doctor Angulo le fué otorgada por medio del Acuerdo Nº 183, de 16 de mayo, mediante el cual se destituyó al Juez Hamburger. Relaciona en seguida el trámite que a partir del auto en que se declaró inadmisible la causal de impedimento, le imprimió al negocio, relación que sobra transcribir por cuanto ya se dijo que respecto de tal actuación no se ha alegado cargo alguno por demoras o irregularidades sancionables disciplinariamente. Y por último, hace constar que "cuando fué enviado a esa Superioridad el memorial de queja del abogado José Francisco Angulo contra el suscrito,

el día 24 de junio del año en curso, ya ese negocio había sido resuelto un mes antes, es decir, el 16 de mayo".

Con su contestación a la queja el magistrado doctor Marriaga trajo copia del Acuerdo Nº 183 de la expresada fecha, por medio del cual el Tribunal sanciona con la destitución de que trata la letra c) del artículo 3º del Decreto 3665 al Juez Municipal de Puerto Colombia. Los fundamentos de esa providencia, que decidió de las acusaciones propuestas contra el Juez Hamburger por los abogados Morales Sudea y Angulo, quedaron expuestos así:

"Tribunal Superior del Distrito Judicial. Barranquilla, mayo 16 de mil novecientos cincuenta y dos.

"A la consideración de la Corporación fueron presentados, en su debida oportunidad, dos proyectos de acuerdo a aplicar al señor Juez Municipal de Puerto Colombia la correspondiente sanción disciplinaria por la ejecución de determinados hechos, de los que se consideró como víctima el señor abogado José Francisco Angulo y el señor Fiscal César Augusto Antequera; hechos consistentes en "trato indebido" por parte del funcionario judicial al litigante Angulo y al señor Fiscal del Juzgado 1º Superior, abogado Antequera. Al primer proyecto se le observó que la queja presentada por el abogado Angulo y el informe rendido por el Fiscal Antequera, no los conocía el funcionario acusado y por lo tanto no se le había dado oportunidad de descargarse; al segundo proyecto presentado se le observó que las diversas consideraciones en torno a la queja del señor Diego Flórez N., no eran operantes por estimar el Tribunal que hechos como el arresto por 72 horas al abogado Morales y Sudea estaban al estudio del Magistrado Rodríguez Barrios; que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de lanzamiento había sido concedido por el Juzgado, antes del 24 de septiembre de 1951, folio 20, y que en la tramitación del negocio había una ausencia manifiesta de técnica. En cuanto al escrito presentado por el abogado José Francisco Angulo al Tribunal para pedir se sancione al señor Juez Municipal de Puerto Colombia por haber sido víctima, Angulo de agresión material, "un pisotón, y trato descomedido a su persona; tenemos que el señor Fiscal del Juzgado 1º Superior, Antequera, confirma en su informe los hechos relatados por el doctor Angulo... El Tribunal considera que los términos empleados por el señor Juez Municipal de Puerto Colombia al contestar el escrito firmado por el abogado Angulo y el informe rendido por el Fiscal Antequera no se compadecen con la ecuanimidad y ponderación de estilo y de conceptos de un funcionario que tenga a su cargo la noble misión de administrar justicia. Como el Decreto Nº 3665 se refiere a hechos como los que se le imputan al Juez Municipal de Puerto Colombia: "trato indebido al público" e "irrespeto al Superior Jerárquico", es el caso de sancionarlo con la destitución de que trata la letra c) del artículo 3º del citado Decreto".

Están, por tanto, plenamente establecidos los hechos que el acusador alega como fundamento de su queja, a saber: que el doctor Marriaga en lugar de proceder a repartir el memorial acusatorio, o de proveer en el sentido de ordenar su traslado por dos días al acusado Hamburger, optó por el procedimiento de someter dicho memorial al Tribunal en Pleno; y que habiéndole correspondido tal negocio en el repartimiento ordenado por la Corporación, se declaró impedido por una causal que el magistrado a quien correspondió el conocimiento del incidente estimó infundada.

No obstante, la Corte no halla en estas dos actuaciones del funcionario base legal para una fundada acusación contra él. Realmente, en la tramitación de la queja hubo retardos, originados tanto en el plazo de un mes que se tomó la corporación para ordenar el repartimiento del asunto como por el tiempo empleado en la decisión del impedimento. Pero de ello no puede afirmarse razonablemente que tales dos actuaciones tendían a hacer ineficaz la administración de justicia o a restarle imparcialidad.

El mismo acusador en su memorial de queja no afirma al respecto ningún hecho concreto. Apenas si alega que los intereses de su cliente, por falta de la oportuna protección de parte del Tribunal, resultaron abandonados, "como siguen estándolo, por cuanto el Juez aún no ha resuelto siquiera el incidente (sic) de apelación oportunamente interpuesto".

Mas esta afirmación es totalmente inexacta y contraria a la realidad de lo establecido en las presentes diligencias, pues según se expresa en el Acuerdo Nº 183 de 16 de mayo de 1952, por medio del cual el Tribunal sancionó con la destitución al Juez Municipal de Puerto Colombia, aquel recurso "había sido concedido por el Juzgado, antes del 24 de septiembre de 1951", es decir, cuando aún no habían ocurrido los hechos relatados en el informe del Fiscal Antequera, y cuando todavía el doctor Angulo ni siquiera había formulado su memorial de queja, memorial fechado el 27 de marzo de 1952. Y es de observar además, cómo del contexto mis-

mo del Acuerdo en referencia se deduce que los motivos en que el Tribunal se basó para destituír al Juez Hamburger, no tienen relación con actuaciones de este mismo funcionario que hagan siquiera verosímil el cargo que por causa de ellas el doctor Angulo se vió constreñido a abandonar los intereses de su cliente.

Sobre el particular nada se ha demostrado, ni siquiera la intencionada sugestión hecha por el abogado doctor Angulo de que el proceder del Magistrado obedeció al hecho de haber sido él quien postuló a Hamburger para Juez Municipal de Puerto Colombia. En cambio, la destitución de éste, decretada por el Tribunal, demuestra todo lo contrario de lo aseverado por el abogado acusador, esto es, que las dos providencias proferidas por el doctor Marriaga no tenían la finalidad que aquél les atribuye.

Acaso no sobre advertir que todo lo atinente a sanciones disciplinarias y al procedimiento para su imposición se halla regulado por el Decreto Nº 3665 de 1950. Es ésta, pues, una materia de reciente creación dentro de nuestro derecho procesal. Por lo mismo, no es extraño que no exista todavía entre los funcionarios encargados de aplicar dicho estatuto uniformidad de criterio en cuanto al procedimiento a seguir para la imposición de las sanciones que en él se establecen. De allí que presentada la queja del doctor Angulo, fuese cuando menos explicable la providencia adoptada por el magistrado Marriaga, en su calidad de presidente del Tribunal, en el sentido de someter al estudio de la Corporación la queja en referencia.

Otro tanto cabe decir respecto de la providencia en que el acusado manifestó su impedimento para conocer de la acusación contra el Juez Hamburger, actuación ésa que tiene respaldo legal en el artículo 437 del C. J. Dispone, en efecto, dicho precepto, que el Juez en quien concurra alguna de las causales expresadas en el artículo 435 ibidem, debe manifestarse impedido para conocer del asunto, exponiendo en un auto el hecho o los hechos que la constituyen. Una de esas causales es la amistad íntima entre el juez y alguna de las partes. Luego si el magistrado Marriaga creyó hallarse bajo el mandato imperativo del primero de los citados artículos, en razón de los vínculos de amistad que le ligaban con el doctor Angulo, no podía aquél proceder en forma distinta de como actuó, excusándose de conocer de la queja.

Finalmente, ni siquiera se trajo a estas diligencias copia del auto en que se declaró, por uno solo de los magistrados restantes del Tribunal, inadmisible el impedimento manifestado por el doctor Marriaga, de tal manera que la Corte ignora por completo las razones en las cuales dicho magistrado se basó para decidir en tal forma el respectivo incidente, que, por lo demás, fue sustanciado irregularmente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a imponer al acusado doctor Rafael Marriaga sanción disciplinaria alguna por los motivos que se expresan en el memorial de queja presentado por el doctor Angulo.

Cópiese, notifíquese y hágase saber al Ministerio de Justicia.

Gualberto Rodríguez Peña—Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Francisco Bruno. Alejandro Camacho Latorre—Pedro Castillo Pineda — Luis Enrique Cuervo — Luis A. Flórez—Alberto Holguín Lloreda—Agustín Gómez Prada. Luis Gutiérrez Jiménez — Rafael Leiva Charry. Pablo Emilio Manotas—Luis Rafael Robles—Manuel José Vargas—Angel Martín Vásquez—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

EL ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE UNA PRUEBA, NO DETERMINA POR SI SOLO LA CASACION DEL FALLO.—DEBE DEMOSTRARSE QUE A CONSECUENCIA DE LA VIOLACION DE LA NORMA PURAMENTE PROBATORIA, SE HA INFRINGIDO OTRA SUSTANTIVA

La Corte, de manera constante y uniforme ha venido repitiendo el concepto de que, sin desconocer a los preceptos puramente probatorios linaje sustantivo, los priva, sin embargo de entidad suficiente para que su solo quebranto incida en la prosperidad de un recurso de casación.

La falta de cita de las disposiciones de orden sustantivo violadas, impide la prosperidad del recurso, por no haberse mencionado el precepto de tal naturaleza quebrantado y el concepto de su violación.

La infracción de normas adjetivas genera el error de derecho en la apreciación de determinada prueba, que cuando incide en la violación de un texto legal sustantivo origina la primera causal de casación de las indicadas en el artículo 520 del C. J.

Cúando se acusa un fallo por la causal primera de las enumeradas en el referido precepto, por indebida apreciación de pruebas, se requiere la demostración de haberse incurrido en error de derecho o de hecho manifiesto, al través de la equivocada apreciación de una prueba, o de su falta de apreciación, error que ha conducido a la violación de ley sustantiva, que ha de citarse.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre tres de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Civil del Circuito de Tuluá, Departamento del Valle, la señora Evangelina Mendoza propuso demanda de reivindicación contra María Luisa Alvarez y otros, para que se declare que es propietaria de una zona de terreno urbano, de señalada extensión, que ocupan los demandados, a fin de que se condene a éstos a restituírsela, con sus frutos y demás prestaciones, designándolos como poseedores de mala fe.

Se funda la acción entablada en que la señorita Mendoza es dueña de lo que reclama, por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de Moisés Mendoza, y que la posesión material de tal territorio le fue arrebatada por María Luisa Alvarez y Laura Saavedra, desde hace dos años. Que no obstante haberse verificado la división material de la herencia y señalado a cada cual su porción, los demandados ocupan lo que le fue adjudicado a la demandante.

Sentencia de primera instancia

El señor Juez del conocimiento pronunció fallo con fecha ocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, declarando probada la excepción de petición de un modo indebido, porque a su juicio, era lo legal demandar en particular a cada una de las personas señaladas en el libelo y no a todos en general.

La sentencia recurrida

Por apelación del anterior fallo, los autos fueron remitidos al Tribunal Superior de Buga, donde con fecha primero de febrero de mil novecientos cincuenta, se pronunció sentencia en que se revoca la apelada y se condena a los demandados a la entrega del bien que se reivindica, con sus respectivos frutos.

Declara el Tribunal, que por la señorita Mendoza

se probó su derecho de dominio con respecto a la zona urbana que se discute.

En desacuerdo con tal decisión, los perdidosos recurrieron ante la Corte.

El recurso

Con fundamento en el motivo primero de los señalados en el artículo 520 del C. J., proponen los recurrentes el cargo de violación de los artículos 702, 722 y 730 del Código de Procedimiento Civil, por errónea apreciación de pruebas que dio lugar —dicen— al desconocimiento de la excepción perentoria de petición de un modo indebido. Señalan como pruebas mal apreciadas, la inspección ocular y el dictamen pericial practicado en el pleito, y algunas declaraciones de testigos, que se indican. Sostienen que la exposición rendida por los expertos en el proceso, hace plena prueba, pues contiene un concepto uniforme y razonado sobre hechos sujetos a los sentidos. Indica como violado también el artículo 722, en cuanto a la errada apreciación de la prueba testimonial, que dice subestimó el juzgador, con violación de los artículos 601 y 702 del C. J.

Para resolver, se considera:

La sola enunciación del cargo, conlleva el fracaso del recurso.

Esta Sala, de manera constante y uniforme, ha venido repitiendo el concepto de que, sin desconocer a los preceptos puramente probatorios linaje sustantivo, los priva, sin embargo, de entidad suficiente para que su solo quebranto incida en la prosperidad de un recurso de casación.

La falta de cita de las disposiciones de orden sustantivo violadas, impide la prosperidad del recurso, por no haberse mencionado el precepto de tal naturaleza quebrantado y el concepto de su violación.

La infracción de normas adjetivas genera el error de derecho en la apreciación de determinada prueba, que cuando incide en la violación de un texto legal sustantivo, origina la primera causal de casación de las indicadas en el artículo 520 del C. J.

Cuando se acusa un fallo por la causal primera de las enumeradas en el referido precepto, por indebida apreciación de pruebas, se requiere la demostración de haberse incurrido en error de derecho o de hecho manifiesto al través de la equivocada apreciación de una prueba, o de su falta de apreciación, error que ha conducido a la violación de ley sustantiva, que ha de citarse.

En sentencia de cuatro de mayo de 1946, publicada en el Tomo LXVI, número 1968, página 640, dijo esta Sala:

"Ninguna de las disposiciones que el recurrente cita como infringidas por la sentencia del Tribunal es de naturaleza sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esto es, que otorga o reconoce un derecho, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. Tales preceptos en cuya transgresión se funda la demanda de casación son meramente procesales y de carácter modal unos, que se limitan a señalar el camino que ha de seguirse para obtener el reconocimiento judicial de los derechos; y otros contentivos de reglas para la producción de una prueba y determinantes de su mérito o valor demostrativo. Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la 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 aún 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, 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 de 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".

Basta lo dicho, para que no prosperen los cargos presentados contra el fallo que se estudia.

Sentencia

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 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, de fecha primero de febrero de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo. Gualberto Ródríguez Peña—Manuel José Vargas. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS—INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está consagrada de manera perentoria en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que ordena que la responsabilidad que les pueda corresponder por el hecho o culpa de los agentes que están a su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad, es necesario que esa persona se descargue probando la ausencia de culpa o, con mayor razón, que el daño producido por el agente, sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a fuerza mayor o caso fortuito o a un hecho extraño en el cual queda incluída la propia y exclusiva culpa de la víctima.

En el caso de autos, el Tribunal acogió como plena prueba para desvirtuar la responsabilidad indirecta de la entidad demandada, los autos de sobreseimiento definitivo proferidos por el Juzgado Primero Superior y el Tribunal Superior de Bogotá, en favor de Víctor Julio García, con motivo del mismo accidente a que se contrae este pleito. Al aceptar esa prueba y asignarle la virtualidad expresada, el sentenciador obró con indiscutible acierto, pues en tales fallos, que versaron sobre el fondo del asunto y después de examinar las probanzas recogidas, la justicia penal llegó a la conclusión perentoria de que "Víctor Julio García no tuvo culpabilidad en la muerte del señor Prieto Lesmes, por cuanto no estuvo en sus manos evitar el atropello del peatón que de manera intempestiva e imprudente se precipitó sobre la vía, siendo esta falta de previsión elemental en su obrar la causa determinante y única del accidente".

Esas decisiones que limpian de toda culpa la conducta del agente del Municipio y que en cambio atribuyen "únicamente a la imprudencia" de la víctima el acaecimiento del accidente, tienen fuerza de cosa juzgada, erga omnes, y de consiguiente desvirtúan plenamente la responsabilidad civil indirecta que aquí se imputa al Municipio por razón del mismo suceso, pues tal responsabilidad cesa —como ya se dijo— cuando se comprueba, entre otras circunstancias, que el hecho se debió a la propia y exclusiva culpa de la víctima.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Amalia Naranjo Borrero de Prieto, Elvira Naranjo de Hollman, Alicia Prieto de Caballero y otros propusieron juicio ordinario contra el Municipio de Bogotá para que se declare que éste "es civilmente responsable por culpa extracontractual nacida de negligencia, imprevisión, descuido de agentes suyos", o de mala elección de éstos del siniestro que causó la muerte de Alberto Prieto Lesmes, el día 28 de diciembre de 1944, como a las cinco de la tarde, ocurrido en la Avenida Chile, de esta ciudad, y causado por el tranvía número 73, de propiedad de las Empresas Municipales, manejado por el motorista Víctor Julio García, y para que se le condene al correspondiente pago de perjuicios materiales y morales.

Surtido el trámite de la primera instancia con oposición del representante legal del demandado, el Juez del conocimiento, que lo fue el 5º Civil del Circuito, decidió el pleito en sentencia de siete de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, que absolvió al Municipio de los cargos que se le formularon.

Por apelación de los actores, el Tribunal Superior de Bogotá, después de algunas incidencias, confirmó la sentencia del Juzgado en la suya de quince de junio de mil novecientos cincuenta.

Para pronunciar esa decisión el sentenciador tuvo en cuenta que en la investigación penal que se ade-

lantó para esclarecer la responsabilidad del conductor del tranvía, Víctor Julio García, se profirió en favor de éste auto de sobreseimiento definitivo, con fundamento en que él "no tuvo culpabilidad en la muerte del señor Prieto Lesmes", y que por el contrario, la culpa en que incurrió la víctima fue "la causa determinante y única del accidente", y que aún cuando en este negocio la acción no está dirigida contra el directamente responsable sino contra el Municipio de Bogotá, del cual aquél era dependiente, dicho fallo tiene fuerza *erga omnes* y dada su fundamentación excluye toda responsabilidad civil tanto del uno como del otro.

A los demandantes se les concedió recurso de casación contra ese fallo y hoy, agotada como está su tramitación, se procede a decidirlo.

Con base en la primera causal de casación, el recurrente propone los cargos que en seguida se resumen:

Primero.—El sentenciador incurrió en violación directa e interpretación errónea de los artículos 2341, 2347, 2349 y 2356 del Código Civil, al no distinguir entre la culpa directa y la indirecta, pues la primera se origina en un error de conducta del agente directo del daño y la segunda en una culpa del tercero responsable motivada por mala elección o falta de vigilancia; que aquélla se aniquila con el sobreseimiento definitivo proferido a favor de Víctor Julio García, cuya inocencia se presumía; pero que la indirecta no, porque en materia civil la culpabilidad del Municipio se presume, y no podía ser absuelto sino al desvirtuarse esa presunción, lo cual no ha ocurrido.

Segundo.—El fallo es violatorio de los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal, por infracción directa, interpretación errónea y aplicación indebida, pues el primero sólo es aplicable en el caso de que la acción civil se inicie contra el agente directo del daño y no cuando como aquí ocurre, se deduce contra el tercero reponsable civilmente, que lo es el Municipio en este pleito, y el segundo por este mismo motivo y porque el sindicado no fue condenado en el proceso penal.

Tercero. — La sentencia quebrantó directamente los artículos 473 y 474 del Código Judicial, al aplicarlos para decidir el pleito, aceptando como definida la acción civil con base en el fallo penal, no reuniéndose, como no se reúnen, los tres requisitos de identidad de objeto, causa y persona para que exista cosa juzgada.

Cuarto.—Que el sentenciador quebrantó los artículos 2356 del C. C. y 593 del C. J., porque la culpa del Municipio, por ejercitar una actividad de suyo peligrosa, se presume, y esa presunción no se destruye sino mediante la prueba de la fuerza mayor o el caso fortuito, la que el demandado no ha suministrado, ya que la que el Juzgador acoge no tiene valor alguno, y porque el Tribunal dejó de apreciar "los antecedentes de circulación del agente directo del daño" que lo hace aparecer como individuo peligroso en el manejo de vehículos, lo que demuestra que el Municipio incurrió en culpa al elegirlo.

Se considera:

Reducida a su más simple expresión la cuestión que se plantea a través de todos los cargos que han sido sintetizados, consiste en determinar si el Tribunal obró o no acertadamente al acoger el auto de sobreseimiento definitivo proferido por la rama penal de la justicia en favor de Víctor Julio García, conductor del tranvía que ocasionó la muerte del señor Prieto Lesmes, como prueba excluyente de la responsabilidad civil que por el mismo o idéntico suceso se pretende deducir en este pleito a cargo del Municipio de Bogotá, a cuyo servicio y como dueño del tranvía municipal, trabajaba el mencionado conductor al momento del accidente. Esa es la cuestión que se pasa a esclarecer.

La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está consagrada de manera perentoria en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que ordena que la responsabilidad que les pueda corresponder por el hecho o culpa de los agentes que están a su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad es necesario que esa persona se descargue probando la ausencia de culpa o, con mayor razón, que el daño producido por el agente, sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a fuerza mayor o caso fortuito o a un hecho extraño, en el cual queda incluída la propia y exclusiva culpa de la víctima. (Casación, 18 de noviembre de 1941, LII; pág. 761; 20 de abril de 1944, LVII, pág. 149 y 30 de agosto de 1947, LXIII, pág. 77).

En el caso de autos el Tribunal acogió como plena prueba para desvirtuar la responsabilidad indirecta de la entidad demandada los autos de sobre-

seimiento definitivos (fs. 64 a 68, c. número 5), proferidos por el Juzgado Primero Superior y el Tribunal Superior de Bogotá, en favor de Víctor Julio García, con motivo del mismo accidente a que se contrae este pleito. Al aceptar esa prueba y asignarle la virtualidad expresada, el sentenciador obró con indiscutible acierto, pues en tales fallos, que versaron sobre el fondo del asunto y después de examinar las probanzas recogidas, la justicia penal llegó a la conclusión perentoria de que "Víctor Julio García no tuvo culpabilidad en la muerte del señor Prieto Lesmes, por cuanto no estuvo en sus manos evitar el atropello del peatón que de manera intempestiva e imprudente se precipitó sobre la vía, siendo esa falta de previsión elemental en su obrar la causa determinante y única del accidente".

Esas decisiones que limpian de toda culpa la conducta del agente del Municipio y que en cambio atribuyen "únicamente a la imprudencia" de la víctima el acaecimiento del accidente, tienen fuerza de cosa juzgada, *erga omnes*, y de consiguiente desvirtúan plenamente la responsabilidad civil indirecta que aquí se imputa al Municipio por razón del mismo suceso, pues tal responsabilidad cesa —como ya se dijo— cuando se comprueba entre otras circunstancias que el hecho se debió a la propia y exclusiva culpa de la víctima.

En relación con los artículos 28 y 29 del Código de Procedimiento Penal, que hablan de la influencia de la cosa juzgada penal dentro del proceso civil, expuso la Sala Plena de la Corte en sentencia de 6 de diciembre de 1951, lo siguiente que se transcribe a manera de réplica adicional a los cargos del recurrente:

"Desde luego la identidad de objeto, causa y parte que conforman la cosa juzgada dentro del campo civil, no es la base con que en estos juicios cabe apreciar el influjo de la cosa juzgada en lo penal, ya que por su naturaleza no es posible la concurrencia de aquella triple identidad en uno y otro. La autoridad de la cosa juzgada en lo penal dentro del proceso civil descansa en el principio de orden público, que lleva al Juez a actuar en función de la tutela del derecho penal, y que en principio no puede abandonarse a la actuación de los particulares. Por este motivo, las situaciones de la vida humana que son materia del proceso penal tienen por objeto el delito, como causa pública cuyo castigo interesa a toda la comunidad, distintamente a lo que sucede con el juicio civil, donde el Juez actúa en guarda de un simple interés particular; y es por ello también, por lo que el fallo penal hace tránsito a cosa juzgada, *erga omnes*, no sólo en cuanto al hecho en que la acción penal se funda, su calificación y la participación y responsabilidad del sindicado, sino también respecto de todas aquellas acciones que, como la del resarcimiento del daño, tienen su fundamento en hechos enjuiciados por el Juez Penal".

"Por lo dicho hasta aquí se comprende que es justificada la norma contenida en el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, lo mismo cuando la controversia civil se suscita entre quienes fueron partes en el juicio penal, que cuando ocurre con personas extrañas a dicho procedimiento; pues que así como los motivos de una disposición sirven para medir su alcance, de igual manera la necesidad de impedir sentencias contradictorias sirve para determinar el del artículo 29 citado; por ello cuandoquiera que el Juez no se aboque al peligro de dos sentencias contradictorias, goza de completa autonomía para calificar el fondo de la contienda que se le propone por las consecuencias de una culpa civil, que por no haber alcanzado la categoría de infracción penal culposa, determinó para su autor la absolución del Juez Penal".

"Otro tanto ocurre con los que, indirectamente, son responsables de los daños ocasionados por personas que están bajo su custodia o por los hechos de los animales o de las cosas inanimadas. No pueden ellos discutir si existió o no el hecho o la omisión que el Juez Penal declaró haber o no existido, sin alcanzar la categoría de infracción culposa; eso está juzgado; pero sí pueden discutir todos los otros aspectos determinantes de la culpa civil no comprendidos por el fallo penal dentro de la órbita de las atribuciones del Juez que lo pronunció.

"Quejarse de que no se le permita a algunos de esos responsables indirectos revivir la discusión sobre la existencia del hecho que encontró y declaró probado el Juez Penal, es quejarse de que el legislador no haya consentido la posibilidad de sentencias contradictorias".

En fallo de 29 de noviembre de 1941, había dicho esta Sala de Casación:

"La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada en materia criminal está condicionada y limitada en razón o fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite esa contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el Juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten

inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminal del acusado *animus nocendi* o en que tales probanzas no acrediten plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal sentencia o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil del resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en estas especiales circunstancias. En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicción porque el fallo criminal ha dejado un campo de acción no cubierto por la autoridad de cosa juzgada, en donde los jueces 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 sometido a su jurisdicción, sin dejar aspecto ni elemento alguno fuéra de su estudio, apreciación y fallo, y no se funda en insuficiencia probatoria, en ese caso tal fallo sí impide por las elevadas razones de orden público ya dichas, que ante otro Juez se renueve la consideración y análisis de un hecho cuyo alcance y calificación jurídica ya fue establecido por el órgano judicial. Esta debida y necesaria coordinación de las dos jurisdicciones es la que precisamente viene a establecer el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal cuyo alcance e interpretación ha sido ilustrado por el artículo 29 de la misma codificación. La ineludible concordancia que debe existir, por las razones ya dichas de orden público vinculado a la necesidad de acatar y respetar como definitiva y para todas sus consecuencias, la sentencia proferida por la jurisdicción del crimen en que se ha estatuído determinado hecho a la luz de un complejo acervo probatorio, carece de los elementos esenciales para poderlo considerar jurídicamente como culpa".

Aunque lo expuesto anteriormente es suficiente para rechazar todos los cargos propuestos, no sobra agregar como réplica especial del último, que la presunción de culpabilidad consagrada en el artículo 2356 del Código Civil para el caso de actividades que pueden calificarse como peligrosas, se desvirtúa mediante la prueba de fuerza mayor, el caso fortuito o de la intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente. Este elemento extraño puede consistir en la propia culpa de la víctima, cuando ella es la causa determinante de aquél. Y en el presente pleito el auto de sobreseimiento definitivo a que se ha hecho mención, con fuerza *erga omnes* demuestra —como se ha dicho— que la causa única y determinante del suceso fue la imprudencia de la víctima.

Es, pues, evidente que el sentenciador no ha incurrido en el quebranto de ninguna de las disposiciones citadas por el recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de quince de junio de mil novecientos cincuenta, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente negocio.

Condénase en costas al recurrente.

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

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

ENAJENACION DE BIENES DE MENORES — COMO SE SATISFACE EL REQUISITO DEL CONOCIMIENTO DE CAUSA QUE DEBE DETERMINAR LA AUTORIZACION JUDICIAL PARA VENDER BIENES DE MENORES—PERITAZGO—CAUSAL SEXTA DE CASACION — POR ESTA CAUSAL PUEDEN ALEGARSE SOLO LOS MOTIVOS DE NULIDAD EN QUE HA PODIDO INCURRIRSE DENTRO DEL MISMO JUICIO EN QUE SE PROFIRIO LA SENTENCIA RECURRIDA

1.—El requisito del conocimiento de causa, que de acuerdo con la ley sustantiva debe determinar la autorización judicial para vender bienes de menores, se satisface, no propiamente en el concepto expreso del Agente del Ministerio Público, del que bien puede apartarse el sentenciador, sino a través de la prueba con que el interesado debe acreditar la necesidad o utilidad manifiesta de la venta; porque es del contenido de esa prueba, y no del parecer favorable a la enajenación que aquel funcionario emita, de donde legalmente debe deducir el Juez la conveniencia o inconveniencia de autorizarla, que es exactamente lo que constituye el conocimiento de causa, prevenido por la misma ley. Luego, en el supuesto de que la intervención del señor Personero de Cali hubiera sido defectuosa por haberse abstenido de conceptuar sobre la conveniencia de la enajenación, tal hecho carecería de toda incidencia sobre la exacta aplicación de los artículos 303, 483 y 484 del C. C. que consagran dicha formalidad, y que el recurrente considera violados.

2.—No es admisible identificar el mérito probatorio de una estimación pericial, con el dictamen mismo, para de la descalificación del primero, deducir la inobservancia de la formalidad del avalúo, que debe preceder a la subasta, y con ella, la consiguiente violación de la ley que previene dicho requisito.

El dictamen como prueba, se perfecciona formalmente, dentro del juicio en que se practica; es allí donde al ponerse en su conocimiento, pueden las partes objetarlo por "error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción", y obtener como consecuencia la práctica de otro nuevo, si se declara probada la objeción. Precluída tal oportunidad, la prueba queda perfeccionada y el Juez en condiciones de apreciarla, de acuerdo con los principios que gobiernan su valor.

3.—Al establecer el art. 1037 del C. J. el requisito del aviso del remate por medio de carteles y por determinado número de días expresamente determinó que "En estos términos se incluyen los días de vacancia", o sea precisamente aquellos en que el Juzgado del conocimiento o el comisionado, en su caso, se hallan cerrados; luego no puede fundadamente sostenerse que el Tribunal hubiera interpretado erróneamente esta disposición al aplicarla a los carteles fijados en el Juzgado, pues que a más de que su contenido es general para todos los anuncios, carecería de sentido referirla solamente a los que se fijan en lugares públicos, cuando éstos, por serlo, son accesibles en todo momento, independientemente del despacho o cierre del respectivo Juzgado.

4.—Las causales de nulidad que pueden invocarse en casación, en conformidad con lo prevenido por el ordinal 6º del artículo 520 del C. J., son aquellas en que ha podido incurrirse dentro de mismo juicio en que se profirió la sentencia que se demanda a través del recurso, y no ciertamente las que hubieran podido producirse en actuaciones distintas.

Se trata por este medio, como lo explica la exposición de motivos hecha por la Comisión Revisora, de que se puedan "subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada". De donde se sigue que, pronunciado en dicho juicio el fallo correspondiente, los vicios de que pueda adolecer la actuación, quedan purgados con él; salvo los casos en que por excepción

puede solicitarse su declaratoria por la vía ordinaria, y el fallo que se profiera ser atacado en casación, pero no ya con base en la causal sexta, aplicable sólo a los defectos procedimentales del mismo juicio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b)—Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Gualberto Rodríguez Peña)

Por medio de escritura pública número 254 de 10 de octubre de 1895, otorgada en la Notaría Primera de Cali, adquirió el señor Bartolomé Saa del Presbítero León Sardi, entre otros bienes, un inmueble denominado "El Tigre", ubicado en el Municipio de Jamundí y comprendido dentro de los siguientes linderos: "Por el norte, el río Jamundí; por el sur, el río Claro; por el oriente, la chamba que separa este potrero de los terrenos comunes de Jamundí; y por el occidente, la sierra alta de la cordillera".

Posteriormente falleció el señor Saa y en su juicio mortuorio, se inventarió como haber hereditario y así se adjudicó a los menores Silvio Adolfo, Alejandrina, Nimia Oliva y Jesús Oswaldo Saa Montes como hijos legítimos del causante, el inmueble de "El Tigre", alindado así: "Norte, chamba que separa los terrenos del indiviso de Jamundí de la propiedad de 'El Tigre'; occidente, el Jamundí; por el oriente, el río Claro; y sur, la sierra alta de la cordillera". Con lo cual se incurrió en un error de orientación respecto de cada una de las líneas limítrofes que, por lo demás, aparecen descritas en los mismos términos.

Así las cosas, decidió doña Sofía Montes v. de Saa enajenar el preindicado inmueble, y al efecto solicitó del Juzgado 2º Civil del Circuito de Cali, la correspondiente licencia judicial, la que, previa citación del señor Agente del Ministerio Público, le fue concedida en providencia de trece de julio de mil novecientos treinta y ocho, para verificarla en pública subasta, mediante avalúo verificado por peritos designados por las partes.

Al notificarse de este proveído, al señor Personero Municipal de Cali, nombró como perito avaluador a don José María Ramírez M., y el Juzgado, por no haberlo hecho la demandante, designó para dicho cargo al señor José Cárdenas, comisionando al propio tiempo al Juez Municipal de Jamundí para llevar a cabo con su intervención, la correspondiente diligencia, con facultad de reemplazarlos en caso de no concurrir al acto.

Llegado el día y hora señalados, dejaron de asistir a la diligencia los peritos nombrados, por cuyo motivo el comisionado los reemplazó con los señores Emilio Vásquez y Virgilio Idrobo, quienes, de común acuerdo, le fijaron al inmueble, calculado en mil seiscientas plazas, un precio de un mil quinientos pesos.

Por auto de cinco de diciembre se señaló "la hora trece del día veintisiete de enero de mil novecientos treinta y nueve para celebrar el remate de bienes", y se ordenaron los avisos y publicaciones que manda la ley. El trece de diciembre se fijaron los avisos anunciando al público el remate, tanto en la Secretaría del Juzgado, como en distintos lugares de la ciudad, y en la edición del periódico "Diario del Pacífico" correspondiente al día doce, aparece hecha la respectiva publicación. De igual manera se libró despacho al Juez Municipal de Jamundí, a fin de que se dispusiera la correspondiente fijación de avisos en aquel lugar. Por auto de fecha diez y nueve de diciembre el comisionado ordenó la fijación y pregón respectivo, ordenando que una vez cumplido, se devolviera al Juzgado de procedencia; los carteles se fijaron en esa misma fecha en la Secretaría del Juzgado y en distintos lugares de la población, y el despacho fue luego devuelto con la atestación de que "El anterior cartel permaneció fijado en lugar público de la Secretaría desde el día diez y nueve de diciembre pasado hasta el veintiuno del presente mes de enero de mil novecientos treinta y nueve". Además, y en esta última fecha, se dieron por el Juzgado del conocimiento, los pregones de que trata el artículo 1044 del C. J.

En esta circunstancia se llevó a cabo la subasta en el día señalado (27 de enero de 1939), y en ella se adjudicó el inmueble como a único postor, a la señora Ernestina Muñoz de Jiménez, por la suma de un mil quinientos pesos, en que había sido justipreciado. El remate fue luego aprobado e inscrito en la correspondiente oficina de registro, y el inmueble entregado a la adjudicataria.

Posteriormente, y por escritura pública número 1294 de 25 de agosto de 1942 de la Notaría Segunda de Cali, la señora Muñoz de Jiménez, organizó con los señores Bernardo Haemerle y Juan Gualtero S. la sociedad "San Antonio, Limitada" para la explotación de carbón mineral y sus derivados, a la que aportó la primera el usufructo del subsuelo y la mitad del inmueble que se ha venido relacionando.

Ya en pleno funcionamiento esta sociedad, deci-

dió la señora Montes v. de Saa, como representante legal de sus menores hijos demandar, por la vía ordinaria, tanto a la antigua rematante doña Ernestina Muñoz de Jiménez como a la sociedad San Antonio, Limitada, representada esta última por su gerente don Juan Gualteros, para lo siguiente:

"Primero. Que se declare que es nulo de nulidad absoluta la diligencia de remate, llevada a cabo el día veintisiete de enero de mil novecientos treinta y nueve, llevado a cabo (sic) en el Juzgado Segundo del Circuito en lo Civil de Cali, por medio del cual la señora Ernestina Muñoz de Jiménez remató por la suma de mil quinientos pesos, la propiedad rural de "El Tigre", de los menores Silvio Adolfo, Alejandrina, Nimia Oliva y Jesús Oswaldo Saa Montes, ubicada dicha propiedad en jurisdicción del Municipio de Jamundí.

"Segundo.—Que como consecuencia de la declaración anterior, se comunique al registrador de instrumentos públicos y privados del Círculo de Cali, para que cancele del libro primero el registro del acta de remate y sentencia aprobatoria, llevado a cabo por la señora Ernestina Muñoz de Jiménez, en el Juzgado Segundo del Circuito de Cali, de la propiedad rural "El Tigre" ubicada en el Distrito Municipal de Jamundí. Igualmente que se comunique al señor Notario Primero de Cali la cancelación de la escritura número 29 de fecha 12 de enero de 1940, por medio de la cual se protocolizaron todas las diligencias de remate de la propiedad rural de "El Tigre".

"Tercero. Que en virtud de la nulidad del remate de la finca rural de 'El Tigre', se declare sin valor legal la transferencia de la mitad del dominio de dicho inmueble y del derecho de usufructo de todo el inmueble llevado a cabo por la rematadora señora Hernestina Muñoz de Jiménez a la sociedad "San Antonio Limitada", por medio de la escritura pública Nº 1294 de fecha 25 de agosto de 1942, de la notaría (sic).

"Cuarto.—Que se condene a la señora Hernestina Muñoz de Jiménez y a la sociedad "San Antonio Limitada", representada por su gerente, a restituír y entregar a los menores Silvio Adolfo, Alejandrina, Nimia Olivia y Jesús Oswaldo Saa Montes, representados por su madre legítima, señora Sofía Montes v. de Saa la propiedad rural de 'El Tigre', ubicada en jurisdicción del Municipio de Jamundí, el cual inmueble se encuentra comprendido por estos linderos: Por el oriente, con chamba que separa los terrenos del indiviso de Jamundí, del potrero de 'El Tigre'; por el occidente, con la sierra alta de la Cordillera Occidental; por el norte, con el río Jamundí; por el sur, con el Ríoclaro.

"Quinto.—Que se condene a los demandados a pagar a los menores Silvio Adolfo, Alejandrina, Nimia Oliva y Jesús Oswaldo Saa Montes, representados por su madre legítima, señora Sofía Montes viuda de Saa todos los frutos civiles y naturales que haya producido el inmueble conocido con el nombre de 'El Tigre'.

"Sexto.—Que se condene a los demandados a pagar todas las costas del presente juicio si tuvieren la temeridad de afrontar la litis.

"Séptimo.—Que se ordene el registro de esta sentencia en los libros correspondientes de la Oficina de Registro del Círculo de Cali".

Solicitó asímismo el apoderado de la actora, "que teniendo en cuenta la cláusula tercera, de la escritura pública Nº 1933, de fecha 15 de septiembre de 1944, de la Notaría Tercera de Cali..., que en el mismo auto admisorio de esta demanda se reconozca al doctor Joel Castillo y Tulio García Idrobo, cesionarios en el cincuenta por ciento de todos los derechos litigiosos, en el presente pleito o juicio".

Las declaraciones de nulidad y sus consecuenciales se fundaron en que "todo el juicio especial sobre licencia judicial para la venta en remate público de los bienes de los menores hijos de Bartolomé Saa se encuentra afectado de nulidades adjetivas y sustantivas", que pueden concretarse así:

a) El Personero Municipal a quien se citó al juicio, no rindió concepto sobre la necesidad o utilidad manifiesta de la venta;

b) Las declaraciones que se rindieron para demostrar tales extremos, no lo fueron con la intervención de aquel funcionario;

c) No se hizo por los peritos principales ni por el Juez, la designación de perito tercero;

d) Los avaluadores cometieron error grave al justipreciar el inmueble a razón de $ 0.93-75 cvos. cada plaza;

e) Con el remate se violaron las previsiones de los artículos 1038 y 1041 del C. J.

f) Los carteles de remate en Jamundí, sólo estuvieron fijados durante un día hábil, contra lo prevenido por los artículos 1038 y 1039 del citado Código; y

g) Los carteles y publicaciones anunciaron un bien esencialmente distinto del adjudicado a los menores.

Esta demanda fué decidida en primera instancia, por sentencia de diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y siete, en el sentido de declarar probada la excepción de ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte demandante, y de absolver, consecuencialmente a los demandados, de los cargos que se les hicieron.

Apelada para ante el Tribunal Superior de Cali, dicha entidad desató el recurso en sentencia de treinta y uno de agosto de mil novecientos cincuenta declarando "no probadas las excepciones propuestas de ilegitimidad de la personería sustantiva, de la parte actora, y de los demandados", y absolviendo, en consecuencia, a estos últimos, de los cargos de la demanda.

Los fundamentos del fallo del Tribunal

En apoyo de su decisión presenta el sentenciador de instancia, entre otras consideraciones, las siguientes:

"Conforme a los artículos 451 y 452 del Código Judicial, es también causa de nulidad aplicable a los juicios especiales en que haya remate de bienes, la falta de las formalidades prescritas para hacer dicho remate, nulidad que una vez aprobado éste, como en el presente caso, sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante.

"Esta nulidad, que es de carácter adjetivo, o sea, producida por la omisión de alguna o algunas de las formalidades previas señaladas por la ley procesal para el remate, como señalamiento de día, fijación de carteles, es diferente a la nulidad de la venta forzada considerada como acto civil, por faltarle alguna de las formalidades esenciales para su existencia, y acto en el cual, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el Juez su representante legal.

"Por ambos aspectos está planteada en la demanda la nulidad del remate objetada; y comenzando este estudio por lo que se relaciona con el segundo de los puntos de vista de que se ha hablado, los hechos décimo segundo y décimo cuarto del libelo, contienen la afirmación de que los carteles y el periódico avisaron al público el remate de un inmueble, esencialmente distinto de 'El Tigre' de propiedad de los nombrados menores.

"Este cargo lo apoya el demandante en la circunstancia de que los linderos que se dieron del referido inmueble en los anuncios del remate, fueron los siguientes: "Por el norte, chamba que separa los terrenos del indiviso de Jamundí, de la propiedad de 'El Tigre'; occidente, el río Jamundí; por el oriente, el río Claro; por el sur, con la sierra alta de la cordillera, siendo así que los verdaderos linderos de esa propiedad son éstos: por el norte, el río Jamundí; por el sur, con Río Claro; por el oriente, la chamba que separa indiviso de Jamundí con la propiedad de 'El Tigre'; por el occidente, la sierra alta de la cordillera occidental.

"Como puede apreciarse a simple vista, no se encuentra en la anterior relación de linderos la diferencia sustancial que entre ellos anota la parte actora; además, en la diligencia de inspección ocular que en la segunda instancia se llevó a efecto a petición de la parte actora para la identificación de tal inmueble, todos los peritos que en ella intervinieron, estuvieron de acuerdo en esta conclusión: que como quiera que los linderos del predio de 'El Tigre' son arcifinios, y por lo tanto inconfundibles, el error en la orientación no tiene trascendencia alguna, a pesar de su diferente referencia a los puntos cardinales; y que en todo caso, el inmueble identificado y aclarado en la sucesión de Bartolomé Saa, el avaluado e identificado en el juicio de licencia judicial promovido por Sofía de Saa, y el que han identificado en la diligencia, es el mismo.

"De manera que en el remate cuestionado, y considerado como contrato de compraventa, no se encuentra la insinuada falta de identidad del inmueble que fué materia de la subasta, y que al haber existido, habría viciado el consentimiento por la expresada causa de acuerdo con el artículo 1510 del Código Civil.

"Veamos ahora lo relacionado con los motivos de nulidad de carácter procedimental señalados por el actor en el libelo de demanda.

"...Comenzando el examen por el primero de los anteriores motivos de orden procedimental, señalados por el demandante como productores de la nulidad planteada, se pasa a hacer en relación con ellos las siguientes observaciones:

"En las copias del juicio sobre licencia para enajenar el inmueble de que se trata, traídas al juicio, hay la constancia de que se corrió al señor Personero Municipal de Cali, el traslado que ordena el artículo 809 en relación con el 805 del Código Judicial.

"Respecto de las declaraciones rendidas sobre la utilidad y necesidad de la venta, hay que decir que la presencia del Agente del Ministerio Públi-

co en tal acto, no es formalidad exigida por la ley.

"De las referidas pruebas aparece que los peritos principales estuvieron de acuerdo en el avalúo que le dieron al inmueble, de manera que no pudo haber lugar a nombramiento de perito tercero.

"En cuanto al error grave en que hubiesen podido incurrir los peritos al hacer dicha estimación, no está probada, ni tampoco está comprendido ese hecho entre las causales de nulidad del juicio o del remate.

"Se pasa a ver lo concerniente al anuncio al público de la fecha del remate, ya en cuanto a la observancia de las formalidades que al respecto debían ser llenadas directamente por el Juez de la causa, como de las verificadas por medio del Juzgado comisionado, anuncio que ordena el artículo 1037 del Código Judicial.

"Conforme al artículo 1038 del citado Código, ese anuncio se hace por carteles que avisen la fecha y hora en que se ha de verificar la almoneda, con determinación de los bienes, y dando noticia del avalúo.

"Uno de tales carteles se fija en el Despacho del Juzgado y en otros tres parajes por lo menos, de los más concurridos del lugar; y si donde se hace el remate se publican periódicos, el aviso se dá en uno o en varios, fuera de los carteles.

"Dice por último el artículo, que el secretario hace constar en el expediente los sitios en que se fijen los carteles, y agrega un ejemplar del periódico en que se publicó el anuncio.

"De las pruebas correspondientes traídas al juicio por la parte actora, se desprende que todas estas formalidades fueron satisfactoriamente cumplidas. Así, en la copia del cartel sobre anuncio del remate, están expresados los linderos de la finca denominada 'El Trigre', con indicación de que se ha señalado la hora trece del día veintisiete de enero de 1939 para dar principio a la almoneda, señalamiento que fué hecho por auto de fecha cinco de diciembre de 1938.

"Obra también la certificación del secretario del Juzgado Segundo de este Circuito, que fué donde se verificó el remate, en que hace constar, que el 13 de diciembre de 1938, se fijaron los susodichos carteles, en los Juzgados 1º, 3º y 4º del mismo Circuito, en la Tesorería del Distrito, y en otros lugares públicos que allí se mencionan. A continuación hay una nota que dice: 'A folio 28 del expediente, se encuentra agregado el número 3129 del Diario del Pacífico', en su edición de fecha 12 de diciembre de 1938 y a la página dos (2) de dicho diario, se encuentra el cartel siguiente'. (A continuación está inserto el cartel).

"Además el remate fué anunciado dentro de la oportunidad que regula el citado artículo 1037 del Código Judicial, es decir, antes de veinte días de la fecha señalada para que aquél se verifique, cuando se refiere a bienes raíces, término éste en el cual se incluyen los días de vacancia conforme a la misma disposición.

"En efecto, la fijación de los carteles sobre anuncio al público de la fecha de dicho remate, quedó cumplido el trece de diciembre de 1938, día en que según la certificación secretarial de que se ha hablado, se fijaron esos carteles en varios de los parajes más conocidos de este lugar.

"Si bien es cierto que la notificación del auto en que se hizo el señalamiento del día y hora en que debía principiar la almoneda, se verificó el siete de diciembre del expresado año, no es ésta la fecha que corresponde tener como base del mencionado término de veinte días, sino la de la fijación de los carteles. Se deduce esto de los términos mismos del artículo 1037 del Código Judicial, cuando dice que la fecha del remate no puede ser antes de diez días de la del anuncio, ni de veinte, según que se trate de muebles o de inmuebles".

. . . . . .

"Conforme a la tesis expuesta, y siendo así que el remate se verificó el día que se había señalado, o sea el 27 de enero de 1939, y que la fecha del anuncio, según lo visto, es el 13 de diciembre de 1938, quiere decir que dicho anuncio se hizo 44 días antes del remate, incluyendo en el cómputo de ese término los días de vacaciones judiciales comprendidos del 20 de diciembre al 20 de enero, inclusive de los referidos años.

"No encontrándose que se hubiese incurrido en violación de alguno o alguna de las formalidades prescritas por el artículo 1038 del Código Judicial, se pasa finalmente al examen de los cargos con referencia al artículo 1039 del mismo código.

"Dispone este artículo que cuando todos o parte de los bienes que se rematan están situados en distintos Municipios de aquel en que deba hacerse la subasta, libre el Juez de la causa despacho cometido a uno de los jueces municipales del lugar donde se encuentran los bienes, para que fije también carteles por seis días en los términos indicados, para que haga dar, por lo menos, un pregón en que se anuncie el día de la venta. Sin la devolución del despacho diligenciado, termina diciendo el artículo, no se puede proceder al remate.

"Sobre el cumplimiento de estas formalidades, las

copias del juicio de remate suministran la siguiente información: el despacho del caso llegó al Juzgado Municipal de Jamundí el 19 de diciembre de 1938, y en la misma fecha aparece dictado el auto sobre cumplimiento de la comisión en el que dispuso fijar los avisos de remate que iban adjuntos, en los lugares más visibles de dicha población y el pregón que ordena el citado artículo 1037.

"Y a continuación de tal auto hay una nota suscrita por el secretario del Juzgado comisionado que dice que se mandó fijar los carteles de que trata el mismo auto, en los siguientes sitios: Secretaría del Juzgado; Secretaría de la Alcaldía del lugar; Estanco, Estación del Ferrocarril, establecimiento de lugares y cantina de Roberto Salamanca, Establecimiento "El 93", y Establecimiento "El Centavo Menos", todos de la mencionada población.

"Hay igualmente dos constancias del Secretario de dicho Juzgado, ambas de fecha 21 de enero de 1939, según las cuales por medio del pregonero Manuel Montes se hizo dar lectura al cartel sobre anuncio del remate de que se trata, lo que se verificó respectivamente, a las diez y a las once de la mañana del referido día.

"A continuación se encuentra la copia del cartel, y la indicación de que al reverso de él, hay la siguiente constancia: 'El suscrito Secretario del Juzgado Municipal de Jamundí certifica: Que el anterior cartel permaneció fijado en lugar público de la Secretaría desde el día diez y nueve (19) de diciembre pasado, hasta el día veintiuno del presente mes de enero de mil novecientos treinta y nueve'.

"Hay igualmente la constancia de que el despacho comisorio fue devuelto al Juzgado Segundo Civil de este Circuito, el 23 de enero de 1939, y que fue recibido allí al día siguiente.

"Respecto de las formalidades prescritas en el citado artículo 1039 del Código Judicial, el demandante afirma que no hay constancia de que los carteles ordenados por dicho artículo se hubieran fijado por el término de seis días; y que el cartel que se fijó en la Secretaría, no permaneció sino por un día y no por seis.

"Por lo que hace a lo primero, o sea, a la fijación de carteles en lugares de los más concurridos, ya hemos visto que en la nota suscrita por el Secretario del Juzgado Municipal de Jamundí, expresa este empleado que 'se mandó fijar los carteles', en los sitios en que allí se hace mención, advirtiendo que esa actividad de que dá cuenta ocurrió en la misma fecha del auto del Juzgado comisionado, en que se dispuso fijar los avisos de remate que le había remitido el Juez comitente.

"Para hacer la estimación del mérito de esta prueba, precisa recordar que conforme a lo dispuesto en el artículo 593 del código citado, 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 unas y otras aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y conocidos universalmente con el nombre de pruebas.

"Las distintas conclusiones de un fallo, comenta el profesor Rocha, en relación con este artículo en su tratado 'De la prueba en Derecho', obedecen a una convicción plena, así en el ataque como en la defensa, por lo que el mismo autor, lógicamente afirma, que el fin de la prueba es lograr el convencimiento del Juez y que ella es completa, cuando por sí sola es bastante para establecer la verdad del hecho, lo que permite decir que probar es establecer la verdad, hacerla ver.

"Siguiendo estos principios que constituyen normas universalmente admitidas sobre el criterio que informa el valor de la prueba, se tiene que para que la convicción o certeza se produzca en la mente del juzgador, han de predominar en la prueba motivos claros y afirmativos que le inclinen a aceptar la realidad del hecho que se investiga.

"Mas no sucederá así, si del elemento probatorio aducido únicamente emana la probabilidad del hecho, probabilidad que induce tanto a creerlo como a no creerlo, pero no a reconocerlo con firme convicción como cumplido.

"La prueba no tendrá entonces la plenitud que requiere el citado artículo 593 de la ley procedimental civil, y no podrá obtener quien en ella se apoya decisión favorable a sus pretensiones por las dudas que conlleva el elemento probatorio.

"En la constancia que se examina, expresa el Secretario que se mandó fijar los carteles en los sitios en ella mencionados.

"Dada esta aseveración resulta la probabilidad de que los avisos de remate se fijaron, puesto que no está desvirtuado que hubiese sido dada la orden de esa fijación, ni tampoco hay dato que autorice inferir que no fue cumplido el hecho que se mandó ejecutar en obedecimiento al auto del Juez comisionado que dispuso fijar dichos carteles.

"Al contrario, inclina el ánimo a creer que los avisos fueron fijados, la circunstancia de que no aparece que hubiese habido negligencia, sino interés, tanto de parte del Juez como del Secretario, en darle satisfactorio cumplimiento a la comisión que se les había confiado; y esto lo demuestra el

hecho de que el mismo día diez y nueve de diciembre fue fijado el cartel en el despacho del Juzgado, así como también, el que se hicieron dar los pregones sobre anuncio del día de la venta del inmueble.

"La prueba que se examina es propicia a la duda, puesto que no ofrece fundamento sólido para afirmar o negar de manera categórica lo que por medio de ella se pretende establecer; y como la duda hay que resolverla en favor de la parte demandada, no se puede tener por acreditado lo que se alega como fundamento del cargo, y menos en tratándose como se trata, de aplicar una sanción, como es la que envuelve la declaración de nulidad, caso en el cual las bases que la determinan han de estar plenamente comprobadas.

"Finalmente, por lo que hace a la fijación del cartel, en el despacho del Juzgado, sostiene la parte actora, que con la certificación del Secretario del Juzgado de Jamundí se prueba de una manera irrefutable que el cartel fijado en la Secretaría de ese Juzgado, sólo permaneció a la vista del público un solo día, y en ningún caso por los seis días legalmente ordenados. Porque el día 19 de diciembre de 1938, a las cinco de la tarde, se cerraron todos los Juzgados de la República, en virtud del mandato legal, sobre vacaciones del poder judicial.

"El cargo formulado no puede prosperar, porque como está visto, en los términos de que actualmente se trata, por expresa excepción de la ley, se incluyen los días de vacancia.

"De manera que como el cartel de que se está hablando fue fijado el día 19 de diciembre de 1938 y desfijado el 21 de enero siguiente, quedaron cumplidos los seis días de fijación legal.

"Y no valdría argüir que por haberse cerrado el Juzgado por causa de la vacante judicial, dicho cartel no pudo estar a la vista del público sino únicamente durante los días de su fijación y desfijación, en que las oficinas judiciales estaban abiertas y que por lo mismo prácticamente se interrumpía el término de seis días, puesto que la ley no lo tiene así determinado.

"Cosa distinta sería que el cartel se hubiese dejado de fijar".

Los cargos en casación

Al recurrir en casación el señor apoderado de la parte actora, formalizó contra la anterior sentencia, los siguientes cargos:

Primer cargo:

Con base en la causal primera del artículo 520 del C. J. considera el recurrente, que la sentencia es violatoria de los artículos 303, 483, 484, 1740, 1741, 1523, 6º y 1756 del C. C., 826, 1203, 1037, 1038, 1039 y 1041 del C. J., 1º de la ley 67 de 1930 y 2º de la ley 50 de 1936.

"A esta violación, dice el recurrente, llegó el Tribunal, como resultado de una mala interpretación de los mismos textos, la que por sí sola es motivo de casación, y los infringió directamente por haber dejado de aplicarlos, cuando era el caso de hacerlo, o bien por aplicación indebida, si se mira el caso desde el punto de vista de que el fallador de instancia, considerando que se había realizado la hipótesis contemplada en tales disposiciones y que se les había dado cumplimiento se abstuvo de declarar la nulidad de unas actuaciones que hicieron cumplir el efecto contrario al que corresponde a tales preceptos.

"Y también llegó el H. Tribunal a la violación directa o a la aplicación indebida de estas disposiciones sustantivas, por el camino de los errores de hecho y de derecho que cometió en la apreciación de las pruebas".

Estudia luego a la luz de algunos comentadores el concepto de *ley sustantiva* para concluir que el Tribunal confundió lo sustantivo con lo procedimental, aplicando al remate voluntario de bienes de menores, principios puramente procedimentales del remate en juicio ejecutivo que sólo tiene vigencia respecto de personas capaces, y concreta así los errores en que, a su juicio, incurrió el Tribunal:

1º La ley ha establecido que para enajenar bienes de menores debe procederse "con conocimiento de causa" y que "no es lícita" la venta sino por necesidad o utilidad manifiesta. Pero como dicha formalidad no podía satisfacerse sino oyendo al Personero Municipal, y esto no tuvo lugar, porque dicho funcionario se abstuvo de conceptuar, el Tribunal erró de derecho al darla por cumplida, con la sola notificación de las providencias que se dictaron en el juicio.

2º Olvidando el Tribunal que los procedimientos establecidos para las ventas de incapaces, han sido establecidos en favor de éstos, rechaza el error evidente cometido por los peritos al justipreciar en sólo $ 1.500.00 un inmueble de mil seiscientas plazas de superficie y del cual resultaba la inconveniencia manifiesta de la enajenación.

3º La sentencia admite no estar probado en los autos que se hubiera cumplido la orden de fijación

de los carteles en el Municipio de Jamundí, puesto que los avisos no volvieron diligenciados con el correspondiente despacho; pero que esto sólo determina una duda que debe ser resuelta en favor del demandado.

"Esto, agrega el recurrente, por una parte constituye un doble error de derecho, en cuanto echa otra vez la carga de la prueba sobre los incapaces a quienes la disposición sobre subasta de los bienes quiere favorecer, y en cuanto se exige la prueba de una negación contra lo dispuesto por el artículo 595 del C. J. Y por otra parte, constituye violación directa de la ley sustantiva, pues para la validez de tal remate era necesario que estuviese acreditada la fijación de tales carteles, y no simplemente la probabilidad de que se hubieren fijado, así por tratarse de uno de los requisitos esenciales de aquella subasta, como porque expresamente lo exige así el artículo 1039, en su parte final, cuando dispone que: *'sin la devolución del despacho diligenciado, no se puede proceder al remate'*. (Subrayado). En el diligenciamiento del despacho se incluye la constancia de la fijación efectiva de los carteles en la forma allí ordenada, carteles que fueron acompañados al mismo despacho para ese efecto".

4º Se cometió error de derecho en la interpretación del artículo 1037 del C. J. al considerar la sentencia que la fijación de carteles en días inhábiles se cumple, a pesar de no estar a la vista del público, por cierre de las oficinas en donde se hizo la fijación.

5º No se conoce el texto de los avisos que se ordenaron fijar en el Municipio de Jamundí, lugar de la ubicación del inmueble, por lo cual no resulta probado que se cumplieran las prescripciones de los artículos 1038 y 1041 del C. J.

6º La fijación del cartel en el Juzgado Municipal de Jamundí se hizo del 19 de diciembre de 1938 al 21 de enero de 1939, o sea durante un día hábil, cuando respecto de dicha publicación, el término legal de veinte días debe ser de días hábiles.

Estas irregularidades que en tratándose de remates efectuados entre personas capaces determinan sólo nulidad relativa, constituyen para los incapaces en cuyo beneficio se halla establecida la observancia de los correspondientes requisitos, verdaderas nulidades absolutas, insusceptibles de ser saneadas por aquéllos.

7º Finalmente, el Tribunal erró de hecho y de derecho, al aceptar como identificado el inmueble materia de la subasta, cuando consta por verificación de los propios peritos que la orientación de los linderos descritos en los anuncios de remate, es completamente distinta de la que en realidad tiene.

"El hecho de que los carteles pudieran inducir a error a los posibles postores sobre la identidad del bien materia de la subasta, es otra irregularidad que induce a nulidad del remate, en los términos analizados en la última parte del numeral que precede. Nulidad absoluta por la falta de capacidad de los dueños impúberes para sanearla. Hay que tener en cuenta que cuando se hicieron los carteles, ya era sabido que los linderos que se insertaron en ellos, no eran los verdaderos, pues los peritos que actuaron en las diligencias de autorización habían hecho notar el error. (Folio 21 vuelto del cuaderno número 2º).

"Por todo lo dicho, la sentencia violó por infracción directa, o por aplicación indebida, en la forma que antes se indicó, las disposiciones citadas al principio de este cargo, las cuales constituyen ley sustantiva, que regula el caso, y esa violación incidió en la parte resolutiva de la sentencia que lesiona los derechos de la parte que represento en este recurso".

Sobre este primer cargo la Sala considera:

1º El requisito del conocimiento de causa, que de acuerdo con la ley sustantiva debe determinar la autorización judicial para vender bienes de menores, se satisface, no propiamente en el concepto expreso del Agente del Ministerio Público, de que bien puede apartarse el sentenciador, sino a través de la prueba con que el interesado debe acreditar la necesidad o utilidad manifiesta de la venta; porque es del contenido de esa prueba, y no del parecer favorable a la enajenación que aquel funcionario emita, de donde legalmente debe deducir el Juez la conveniencia o inconveniencia de autorizarla, que es exactamente lo que constituye el conocimiento de causa, prevenido por la misma ley. Luego en el supuesto de que la intervención del Sr. Personero Municipal de Cali hubiera sido defectuosa por haberse abstenido de conceptuar sobre la conveniencia de la enajenación, tal hecho carecería de toda incidencia sobre la exacta aplicación de los artículos 303, 483 y 484 del C. C. que consagran dicha formalidad, y que el recurrente considera violados a través de este primer cargo.

De otro lado, no sobra advertir que, conforme a la relación de antecedentes que se hizo en la primera parte de esta providencia, el señor Personero fue debidamente notificado, no sólo del auto admisorio de la demanda, sino de todas las demás providencias que en el curso del juicio se pronunciaron; que fue precisamente al recibir la primera,

que dicho funcionario solicitó la apertura a pruebas del negocio, y al notificarse del fallo que concedió la licencia, cuando usó del derecho a nombrar el perito que le correspondía. Con todo lo cual quedó ampliamente satisfecha la formalidad de oír al Ministerio Público a que alude el artículo 1203 del C. J., en esta clase de actuaciones.

2º No es admisible identificar, como lo pretende el recurrente, el mérito probatorio de una estimación pericial, con el dictamen mismo, para de la descalificación del primero, deducir la inobservancia de la formalidad del avalúo, que debe preceder a la subasta, y con ella, la consiguiente violación de la ley que previene dicho requisito.

El dictamen como prueba, se perfecciona formalmente, dentro del juicio en que se practica; es allí donde al ponerse en su conocimiento, pueden las partes objetarlo por "error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción", y obtener como consecuencia la práctica de otro nuevo, si se declara probada la objeción. Precluída tal oportunidad, la prueba queda perfeccionada y el Juez en condiciones de apreciarla, de acuerdo con los principios que gobiernan su valor.

En el caso de que aquí se trata, el avalúo del inmueble por subastar se llevó a cabo mediante peritos que el Juez designó, por no haber concurrido a la diligencia, los primeramente nombrados; su dictamen fue puesto luego en conocimiento de las partes, o sean, la demandante y el Personero de Cali, sin que ninguna de ellas le opusiera el menor reparo, y más tarde fue aceptado por el Juez, al acoger la estimación de valor que en él se hizo, como base de la postura para el remate. En consecuencia, el dictamen quedó desde entonces formalmente perfeccionado, y cumplido por lo mismo a cabalidad el requisito, que el recurrente echa de menos para impugnar el fallo del Tribunal.

3º De conformidad con las normas que rigen el anuncio de ventas por medio de remate, "el anuncio se hace por medio de carteles que avisen la fecha y la hora en que ha de principiar la almoneda, que determinen los bienes y den noticia del avalúo, base del remate; ...uno de tales carteles se fija en el despacho del Juzgado y en otros tres parajes, por lo menos, de las vías concurridas del lugar... El secretario hace constar en el expediente los sitios en que se fijen los carteles..." (artículo 1038 del C. J.). Si todos o algunos de los bienes se hallan en Municipios distintos al de la subasta, el Juez de la causa libra despacho cometido a uno de los Municipales del lugar de la ubicación "para que fije también carteles por seis días en los términos indicados, y haga dar, por lo menos, un pregón en que se anuncie el día de la venta. Sin la devolución del despacho diligenciado no se puede proceder al remate". (Artículo 1039 ibidem). La fecha del remate, explica el artículo 1037, "no puede ser antes de diez días del anuncio si se trata de bienes muebles, ni de veinte, si de inmuebles... En estos términos se incluyen los días de vacancia".

La fijación de los carteles en tres parajes de los más concurridos en el Municipio de Jamundí, lugar de la ubicación del inmueble, que impugna el recurrente, aparece comprobada a través de las siguientes anotaciones del secretario del respectivo Juzgado Municipal, que el sentenciador de instancia encontró suficientes para el efecto: "En la misma fecha del auto anterior (el que dispuso cumplir la comisión), se mandó fijar los carteles de que se trata en el mismo auto a los siguientes sitios: Secretaría del Juzgado, Secretaría de la Alcaldía de este lugar, Estanco, Estación del Ferrocarril, Establecimiento de Billares y Cantina de Roberto Salamanca, Establecimiento 'El 93', y Establecimiento 'El centavo menos', todos de esta población. Diciembre 19/38". (Fls. 23 v. y 24). "Cumplida la comisión conferida a este Despacho por el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Cali, la devuelvo a ese Despacho, constante de cuatro (4) fojas escritas... Jamundí, enero 23 de 1939".

Resulta pues claramente establecido que el Juez comisionado ordenó cumplir el encargo del comitente, y que en ejecución de esta orden, el secretario "mandó fijar los carteles", agregando luego que, por estar cumplida la comisión o sea, por haberse fijado los carteles y dado el pregón respectivo, se devolvía el despacho al Juez de la causa; que es exactamente lo dispuesto por la ley, la cual no exige palabras sacramentales, ni que los carteles se desfijen para ser devueltos con la correspondiente nota de desfijación.

4º Al establecer el artículo 1037 del C. J. el requisito del aviso de remate por medio de carteles y por determinado número de días, expresamente determinó que "En estos términos se incluyen los días de vacancia", o sea precisamente aquellos en que el Juzgado del conocimiento o el comisionado, en su caso, se hallan cerrados; luego no puede fundadamente sostenerse que el Tribunal hubiera interpretado erróneamente esta disposición al aplicarla a los carteles fijados en el Juzgado, pues que a más de que su contenido es general para todos los anuncios, carecería de sentido referirla solamente a los que se fijan en lugares públicos, cuando éstos, por serlo, son accesibles en todo momento,

independientemente del despacho o cierre del respectivo Juzgado.

Carecen, pues, de fundamento las alegaciones contenidas en los números 4º y 6º que se dejan sintetizados.

5º En las copias tomadas del juicio en que se hizo la subasta, aparece transcrito el texto del aviso que se fijó en el Juzgado Municipal de Jamundí, con una nota al reverso que textualmente dice así: "El suscrito secretario del Juzgado Municipal de Jamundí, certifica: Que el anterior cartel permaneció fijado en lugar público de la Secretaría, desde el diez y nueve de diciembre pasado hasta el veintiuno del presente mes de enero de mil novecientos treinta y nueve" (fl. 24 y v.).

Pero como de tal aviso se enviaron ocho ejemplares al comisionado (fl. 23 v.), no cabe seriamente sostenerse, el desconocimiento del contenido de los que se fijaron en lugares públicos del Municipio de la ubicación del inmueble, ni que, por dicho concepto, el Tribunal hubiera incurrido, en error evidente, al aceptar como probada tal formalidad.

6º De acuerdo con los antecedentes que se dejan relacionados, la delimitación exacta del terreno de "El Tigre", es: Norte, el río Jamundí; Este, la chamba que lo separa de la comunidad de Jamundí; sur, el río Claro; y occidente, la sierra de la cordillera. Y la que equivocadamente identificó la adjudicación hecha a los menores, y que luego se trasladó a las actuaciones para la licencia y el remate aparece así: norte, la chamba que lo separa de la comunidad de Jamundí; Este, el río Claro; sur, la sierra alta de la cordillera; y occidente, el río Jamundí. Es decir que, como lo observa el Tribunal sentenciador, el error se refiere no al enunciado mismo de las líneas que encierran el polígono, y que, dicho sea de paso, conservan en las dos descripciones la exacta posición que les corresponde entre sí, sino a la orientación que a ellas se les dio en relación con los puntos cardinales. Pero como la referencia a tales puntos no es esencial para el conocimiento de las líneas demarcatorias, ni en tratándose de límites naturales como los aquí descritos, esa relación debía cumplir con ninguna finalidad de identificación, que de por sí se patentizaba con la exclusiva relación de los linderos, como se dijo, tampoco puede aceptarse el error que por dicho motivo pretende el recurrente, para invalidar el fallo del Tribunal.

Segundo cargo—(*Causal* 6ª)

La omisión de los requisitos necesarios para el remate, y de que se ha hablado anteriormente constituyen causales de nulidad del juicio y del remate, en conformidad con los artículos 451 y 452 del C. J., en consecuencia, el fallo del Tribunal debe casarse con fundamento en la causal 6ª del artículo 520, por ser tales nulidades asimilables a las establecidas en el artículo 448 del mismo Código, como lo tiene establecido la Jurisprudencia.

Se observa:

Las causales de nulidad que pueden invocarse en casación, en conformidad con lo prevenido por el ordinal 6º del artículo 520 del C. J., son aquellas en que ha podido incurrirse dentro del mismo juicio en que se profirió la sentencia que se demanda a través del recurso, y no ciertamente, las que hubieran podido producirse en actuaciones distintas, como aquí se pretende.

Se trata por este medio, como lo explica la exposición de motivos hecha por la Comisión Revisora, de que se puedan "subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada". De donde se sigue que, pronunciado en dicho juicio el fallo correspondiente, los vicios de que pueda adolecer la actuación, quedan purgados con él; salvo los casos en que por excepción puede solicitarse su declaratoria por la vía ordinaria, y el fallo que se profiera ser atacado en casación, pero no ya con base en la causal sexta aplicable sólo a los defectos procedimentales del mismo juicio.

El cargo es, por lo tanto, improcedente.

Tercer cargo:

"Finalmente, y con base en la misma causal sexta, se acusa la sentencia pronunciada por el Tribunal, por haberse incurrido en la causal de nulidad de que trata el numeral 2º del artículo 448 antes citado. Pues que de acuerdo con la escritura constitutiva de la sociedad 'San Antonio, Limitada', los aportes de los socios Hammerle y Gualteros, consisten en obligaciones de hacer, contra lo prevenido por la ley 124 de 1937 que ordena el pago total de dichos aportes en el momento mismo de la constitución. De esta suerte concluye el recurrente, se incurrió en una nulidad absoluta "que resulta

de manifiesto en el contrato y en el instrumento de constitución de la sociedad, y siendo esta sociedad parte en el juicio, ha faltado durante todo el presupuesto de la personería sustantiva de una de las partes" (sic).

La Sala considera:

Los motivos de nulidad que conforman la causal que se invoca son, como literalmente lo expresa la disposición, los contenidos en el artículo 448 del C. J., o sean: incompetencia de jurisdicción, ilegitimidad adjetiva de la personería de cualquiera de las partes o de quien figura como su apoderado, y falta de citación o emplazamiento de quienes han debido ser llamados al juicio. Y el defecto de organización de la sociedad San Antonio, Limitada, que invoca el recurrente, no tiene esta calidad, sino la de cuestión sustantiva del contrato social, extraña totalmente al motivo de casación que se invoca.

En consecuencia el cargo es improcedente.

A 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 treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en este negocio.

Las costas del recurso, son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y ejecutoriada devuélvase.

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — TECNICA DE CASACION

A la Corte corresponde como tarea principal velar por el cumplimiento de la ley para garantizar los derechos de los ciudadanos y hacer imperar la justicia, pero es preciso entonces que los litigantes señalen la manera como esa ley ha sido violada, y como sus intereses han sido menguados por las decisiones sometidas al recurso extraordinario; pues si a la Corte no se le muestra el camino que ella ha de seguir en el examen de la providencia recurrida y se le iluminan con razones las sinrazones del Tribunal, no puede ella, oficiosamente, considerar aquéllas y buscar éstas, sino que le es imperativo declarar que el recurso interpuesto no puede prosperar.

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

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Tomando un camión de "Hato de San Vicente, Sociedad, Limitada", exigido al conductor Ernesto Enciso, empleado de la Compañía citada, u ofrecido por tal conductor, salió el mocetón Carlos Arturo Torres Martínez desde las salinas de Cumarán y Upín, donde trabajaba, hacia el poblado de Restrepo, su residencia habitual. Cargado el camión con sal y con un aditamento de hombres, perdió el control y el conductor necesitó darle un fuerte timonazo contra el talud de la carretera para evitar que se precipitara hacia un abismo, y por consecuencia del choque el vehículo se volcó y trituró a Torres Martínez, quien así perdió la vida.

Contra el conductor Enciso se abrió investigación criminal, la cual fue decidida por la justicia en el sentido de dictar a su favor sobreseimiento definitivo. Examinando este sobreseimiento dictado por el Juez competente, dijo el Tribunal Superior de Bogotá que de parte del conductor mencionado no hubo culpa, ni imprudencia, ni impericia, ni descuido, y que antes bien su actitud fue inteligente, serena y prudente, pues evitó que el camión rodara a un abismo donde hubieran perecido todas las personas que iban en él. Considera el Tribunal que se trató de un caso fortuito.

La madre de Torres Martínez y unos hermanos de éste entablaron juicio ordinario contra la Sociedad citada, y piden en la demanda, por medio de apoderado:

Que se declare que esa Sociedad es civilmente responsable de la muerte de Torres Martínez, y que como consecuencia se pague a los demandantes los perjuicios morales, estimados en $ 2.000, y los materiales estimados en $ 20.000. Además, que se les pague los gastos del sepelio.

Se señaló como representante de la compañía a Rubín Enciso, padre del conductor, pero al corrérsele traslado de la demanda manifestó que no ha sido ni es el representante de la Compañía mencionada.

Los hechos de la demanda fueron negados, y el Juzgado del Circuito de Villavicencio decidió la litis, declarando que la Sociedad es responsable, y que debe pagar $ 2.000 por perjuicios morales, y también perjuicios materiales que se estimarán y decidirán en la articulación de que trata el artículo 553 del C. J.

Se apeló del fallo de primera instancia, y el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de catorce de marzo de mil novecientos cincuenta, revocó la del Juzgado, y decidió negar todas las peticiones de la demanda.

Conviene anotar que el expediente fue consumido por las llamas en el incendio del Palacio de Justicia, y que fue reconstruído ante el Tribunal.

Contra la sentencia del Tribunal se interpuso el recurso de casación, que fue otorgado, y ante la Corte el apoderado de los actores ha actuado en dos formas: primero, con un memorial en que suplica que se le acepte el recurso extraordinario, y después, con un largo escrito que se va a considerar demanda de casación.

Mas antes de examinar esta actuación del apoderado de los recurrentes, se van a transcribir las dos únicas razones que tuvo el Tribunal para revocar la sentencia de primera instancia. Expresa la sentencia recurrida sobre personería:

"El certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el 22 de agosto de 1949, dice:

"La administración de la sociedad, manejo de haberes y uso de la razón social corresponde a los dos socios, quienes para obligar a la sociedad procederán conjuntamente.

Los dos socios son Fructuoso Santos y Rubín Enciso. Pero se demandó a la sociedad representada únicamente por el último.

Conforme al artículo 482 del Código de Comercio, la razón o firma social constituye el estado civil y la personalidad de la sociedad colectiva, y expresa el mandato recíproco que se confieren los socios para tratar y obligarse a los terceros. Y de acuerdo con el 2102 del Civil, si la administración es conferida por el contrato de sociedad a dos o más de los socios, cada uno podrá ejecutar por sí solo cualquier acto administrativo; salvo que se haya ordenado otra cosa en el título de su mandato; si se les prohibe obrar separadamente, no podrán hacerlo ni aún a pretexto de urgencia. Y el 517 de aquella obra dispone: delegada la facultad de administrar en uno o más de los socios, los demás quedan por este solo hecho inhibidos de toda ingerencia en la administración social.

Luego, son los dos socios de consuno quienes tienen la personalidad y por consiguiente la representación y el uso de la razón social de "Hato de San Vicente, Sociedad Limitada".

Dice la misma sentencia en relación con el sobreseimiento:

"La acción promovida es la de resarcimiento de perjuicios por la responsabilidad originada por el hecho de otro, reglamentada en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil. Se debe acreditar entre otros extremos de la pretensión, el hecho culposo del tercero, presumido en las actividades peligrosas (artículo 2356 C. C.).

"Ahora bien. Obran en autos copias de las providencias dictadas por el Juzgado Tercero Superior y por la Sala Penal de este Tribunal, el 22 de julio de 1947 y el 15 de noviembre del mismo año, y de los testimonios y pruebas en que se fundan, por medio de las cuales se sobreseyó definitivamente en favor del chofer Ernesto Enciso, por habérsele considerado absolutamente irresponsable del siniestro dicho, el cual se produjo en circunstancias imprevisibles asimilables a caso fortuito. Es decir se acreditó la ausencia de culpa, desvirtuándose la presunción de culpabilidad".

En el primer memorial dirigido a la Corte dice el apoderado de los recurrentes que el Tribunal se concretó a estudiar lo relacionado con personería de la parte demandada y a hacer consideraciones sobre el sobreseimiento, como únicos argumentos, y expresa literalmente: "La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva, pues el H. Tribunal de Bogotá no tuvo en cuenta para nada las disposiciones sobre responsabilidad civil, y si las tuvo, hizo una interpretación errónea de esas mismas disposiciones, ya que no es el caso de que, por cuanto que el señor Enciso fue sobreseído en el juicio penal, la empresa a cuyo servicio estaba el señor Enciso, no sea responsable de la muerte del señor Torres Martínez. Con lo anteriormente expuesto, H. Magistrados, queda demostrado que el H. Tribunal cometió error de hecho al hacer una falsa interpretación de la ley sustantiva, pues basta la simple lectura de la sentencia de primer grado, para demostrar que el H. Tribunal no hizo estudio a fondo del negocio, sino que se limitó a contemplar, precisamente, los dos aspectos que en forma alguna podrían invalidar la sentencia de primera instancia. Considero, H. Magistrados, suficientes las razones anteriormente expuestas para que el Despacho al digno cargo de S. S. acepte el recurso interpuesto contra la sentencia de segundo grado proferida por el H. Tribunal de Bogotá".

Sobre la llamada demanda de casación, la Sala expresa con pena que no se cumplió en ella una sola de las condiciones del recurso. Tal parece como si el recurrente hubiera creído que se trataba de una nueva instancia, ya que en su memorial se extendió en disquisiciones y consideraciones contra las razones del Tribunal, pero sin formular contra ellas un ataque de fondo, como se exige en casación. A la Corte corresponde como tarea principal velar por el cumplimiento de la ley para garantizar los derechos de los ciudadanos y hacer imperar la justicia, pero es preciso entonces que los litigantes señalen la manera como esa ley ha sido violada, y como sus intereses han sido menguados por las decisiones sometidas al recurso extraordinario; pues si a la Corte no se le muestra el camino que ella ha de seguir en el examen de la providencia recurrida, y se le iluminan con razones las sinrazones del Tribunal, no puede ella oficiosamente considerar aquéllas y buscar éstas, sino que le es imperativo declarar que el recurso interpuesto no puede prosperar.

Sobre el primer argumento del Tribunal, relacionado con la falta de personería de la parte demandada, el recurrente toca apenas ligeramente la cuestión legal, al decir que es un "error de hecho" el que el Tribunal hubiera considerado solamente "la totalidad de la certificación expedida por la Cámara de Comercio el 22 de agosto de 1949", ya que de acuerdo con otro certificado el señor Rubín Enciso

fue señalado como representante legal de la Compañía, certificado que desapareció por el incendio del expediente.

Y dice en otra parte: "Por todo lo anteriormente expuesto, considero que se ha violado de manera flagrante el artículo 2349 del C. C., pues estando demostrado que el vehículo homicida era de la sociedad demandada y que quien lo manejaba era empleado de la misma, no cabe duda sobre la responsabilidad civil directa y extracontractual".

Ningún otro punto de derecho se tocó en esta parte; y todo lo anteriormente expuesto, de que habla el recurrente, se refiere a simples alegaciones y suposiciones sobre que en el expediente incendiado existía otro certificado en que se señala a Enciso como representante de la Compañía; que el Tribunal no ha debido pedir otro certificado; que las pruebas pedidas en auto para mejor proveer estaban fuéra de tiempo; que en el expediente están probados todos los hechos de la demanda; que está probado que el conductor era empleado de la Compañía; que en el accidente hubo imprevisión, impericia y falta de cuidado del conductor; que el camión estaba recargado de peso; que marchaba a mucha velocidad; que no se tuvo en cuenta un peritazgo, etc. Pero como se expresa, son alegaciones quizá oportunas en instancia, pero sin sentido jurídico en casación; y alegaciones la mayor parte de ellas extrañas al punto en consideración, que es la falta de personería de la parte demandada.

Como necesitaba el Tribunal aclarar este punto, debidamente autorizado, especialmente por los Decretos 4135 y 1683 de 1948 sobre reconstrucción de procesos, dictó un auto para mejor proveer y pidió en él un certificado sobre la persona que representaba a la época de la demanda la Compañía contra quien se dirigió la acción; y del certificado de la Cámara de Comercio resulta que después de algunas modificaciones de la Sociedad, con motivo del retiro de uno de sus socios, se expresó en la escritura respectiva, extendida en 1939, es decir, mucho antes de la demanda: "La administración de la Sociedad, manejo de haberes y uso de la razón social corresponde de derecho a los dos socios, quienes para obligar a la Sociedad procederán conjuntamente".

Esto es terminante. No es difícil que a la parte actora le hubieran dado certificado distinto, tomándolo de algún extracto anterior a la modificación de la Sociedad, el cual se incendió, como lo alega el recurrente; pero la verdad es que en el expediente no aparece una prueba distinta a la examinada, que coincide con lo que Enciso sostuvo en la contestación de la demanda al decir que no era el representante de la Compañía; prueba que es plena, y que da razón a lo sostenido por el Tribunal como fundamento de la revocatoria del fallo de primer grado.

Las alegaciones del recurrente sobre esta materia, fuéra de insustanciales, son improcedentes.

En cuanto a la segunda razón del Tribunal, dice el recurrente, después de afirmar que el sobreseimiento es infundado porque de parte del conductor hubo culpa e imprudencia: "Considero que la sentencia carece de estudio a fondo del problema que se discute toda vez que, basándose en el sobreseimiento definitivo a favor del señor Ernesto Enciso en materia penal, absuelve de un tajo a la Sociedad demandada de la responsabilidad civil. No me quejo de la sentencia en la forma en que apreció y estimó el certificado de la Cámara de Comercio, pues éste fue adicionado con el fin de que el H. Tribunal sufriera el consiguiente desconcierto sobre la personería sustantiva de la parte demandada. Este es un error de hecho que ha quedado desvirtuado".

Es esto cuanto enuncia el recurrente como cuestión de derecho. Es decir, nada.

Y ya para terminar su memorial, en un aparte que llama el recurrente "Peticiones y Resumen", dice: "Considero que el Tribunal sufrió error de hecho al estimar que la personería sustantiva de la parte demandada no estaba legalmente representada. Yo considero que con la aclaración que he hecho, dicha duda queda plenamente esclarecida." Y agrega: "El Tribunal sufrió error de derecho al no condenar a la Sociedad demandada a pagar perjuicios morales y materiales... para lo cual hubo de basarse en el hecho cierto, pero extraño en el presente negocio, de haber sido sobreseído el autor material del accidente". A simple lectura se ve que esto no tiene valor ninguno como cargos en casación.

Y como no tienen ningún fundamento las quejas del recurrente contra la sentencia que se examina, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha catorce de marzo de mil novecientos cincuenta.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS — CAUSAL PRIMERA DE CASACION — EL ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS--INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL—VALOR EN ESTE DE LA SENTENCIA PENAL ABSOLUTORIA POR FALTA DE PRUEBA SUFICIENTE DE LA IMPUTABILIDAD DEL PROCESADO

1.—Para que el error de hecho en la apreciación de las pruebas del proceso pueda dar lugar a la casación del fallo recurrido, porque a consecuencia de ese error se violaron disposiciones legales sustantivas, se requiere, entre otras cosas, que él sea manifiesto.

2.—No es correcta la apreciación del Tribunal cuando dice que el artículo 2356 del Código Civil se refiere únicamente a los daños ocasionados por cosas o cuerpos inanimados, porque también comprende los casos en que el perjuicio se produzca por acción directa de una persona en desempeño de actividades peligrosas.

3.—La providencia que le pone fin al juicio penal en forma absolutoria para el sindicado no constituye necesariamente la prueba de que él no haya tenido participación en el delito o de que éste no haya existido. En efecto, únicamente cuando el fundamento de la sentencia penal absolutoria es la ausencia de delito o la no participación del sindicado en su comisión, esa providencia constituye, por efecto de la cosa juzgada, plena prueba de tales hechos dentro del proceso civil.

Pero cuando la decisión penal favorable se basa en la falta de prueba suficiente de la responsabilidad del sindicado, no demuestra en forma alguna, en el proceso civil, que evidentemente el sindicado haya sido ajeno a los hechos debatidos o que no los haya ejecutado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, noviembre diez de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez)

Ernesto Rubio, por medio de apoderado, en escrito fechado el 22 de noviembre de 1944 propuso ante el Juzgado Unico del Circuito Civil de Santa Marta juicio ordinario contra The Santa Marta Railway Company Limited, para que se condene a dicha sociedad a pagarle el valor de perjuicios materiales y morales que le ocasionó por culpa extracontractual.

Son hechos de la demanda:

"Primero.—Mi poderdante señor Ernesto Rubio, fue empleado de la empresa demandada desde el 1º de mayo de 1924, hasta el 27 de diciembre de 1941.

"Segundo.—El señor Ernesto Rubio fue despedido de la Compañía demandada participándole que lo hacía por 'haber (él) ejecutado un acto destinado a causar daño material grave a la Empresa y por culpa grave que compromete la seguridad de los intereses de la misma'.

"Tercero.—El hecho y la culpa grave que le atribuye la empresa demandada al señor Ernesto Rubio consiste en la venta ilícita de tiquetes de Ferrocarril.

"Cuarto.—El hecho o hechos ilícitos imputados al señor Ernesto Rubio no pudo comprobarlos la Compañía demandada.

"Quinto.—La Inspección Norte de Policía Municipal de esta ciudad por auto de nueve (9) de diciembre de 1942, sobreseyó definitivamente a favor de Ernesto Rubio en las sumarias levantadas contra él por los hechos delictivos denunciados por The Santa Marta Railway Company, Limited.

"Sexto.—La Alcaldía Municipal de este Distrito aprobó por auto de veintidós (22) de diciembre de 1942 el sobreseimiento anterior a favor de Ernesto Rubio.

"Séptimo.— No obstante el sobreseimiento anterior, la empresa aludida se empeñó en continuar sosteniendo que el señor Ernesto Rubio sí era culpable de los hechos que ella le imputaba.

"Octavo.—La Compañía como consecuencia de los

hechos delictivos atribuídos a Ernesto Rubio le negó el auxilio de cesantía.

"Noveno.—El Juzgado Unico de este Circuito Civil, condenó a The Santa Marta Railway Company, Limited, a pagarle a Rubio la suma de mil novecientos veinticuatro pesos con sesenta y nueve centavos ($ 1.924.69) moneda colombiana, por auxilio de cesantía.

"Décimo.—El Tribunal Superior confirmó la sentencia anterior.

"Undécimo.—Con la separación intempestiva que le hizo la empresa en referencia a Ernesto Rubio, lo privó del sueldo mensual de $ 109.00 que venía devengando, privación que comenzó el 27 de diciembre de 1941.

"Duodécimo.—Por los hechos delictivos mencionados imputados a Rubio, éste no ha podido conseguir otro empleo de alguna categoría, o por lo menos igual a la del anterior.

"Décimotercero.—El señor Ernesto Rubio gozaba de reputación de hombre honrado antes de ser despedido de su empleo.

"Décimocuarto.—Por motivo de los hechos delictivos imputados por la Empresa tantas veces dicha al señor Ernesto Rubio, éste ha caído ante la sociedad en que vive como hombre falto de honradez.

"Décimoquinto.—Por las imputaciones delictivas expresadas, la generalidad de la gente y los amigos de Ernesto Rubio estiman que "él le robó a la compañía demandada"; y

"Décimosexto.—Los hechos delictivos imputados por The Santa Marta Railway Company, Limited, al señor Ernesto Rubio le han causado y le continúan causando perjuicios en su patrimonio moral porque han lesionado su buena fama y reputación".

La Empresa demandada reconoció ser ciertos los hechos 1º, 2º, 6º, 7º y 8º, pero negó que hubiera puesto denuncio criminal contra el demandante (hecho 5º); y sostuvo que, efectivamente le había negado a Rubio el auxilio de cesantía por las razones en que basó el despido, expuestas en el hecho 2º; admitió como ciertos los hechos 9º a 11º y negó los últimos cinco.

Tanto el Juez del conocimiento como el Tribunal Superior de Santa Marta, absolvieron a la parte demandada. Contra el fallo de este último, proferido el 19 de agosto de 1949, interpuso recurso de casación el apoderado del actor en el juicio.

El recurso

Los siete cargos que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal, invocan la causal primera del artículo 520 del C. Judicial. De cada uno de ellos se hace a continuación adecuado extracto.

Primer cargo. — "Violación indirecta del artículo 2341 del Código Civil, por haber incurrido el Tribunal en error evidente de hecho al apreciar erróneamente las declaraciones de los testigos Díaz Granados, Katime, Martínez Robles, Aarón Martínez y Carbonó, cuando afirma que los perjuicios por él sufridos fueron originados únicamente en los sucesos que tuvieron lugar el 24 de diciembre de 1941 en las cercanías de la estación del Ferrocarril de Santa Marta; e incurrió igualmente, al hacer la misma afirmación, en falta de apreciación de las pruebas consistentes en el certificado de folio 2 y en los cargos que fueron imputados a Rubio en el juicio encaminado al pago del auxilio de cesantía, tanto en la primera instancia como ante el Tribunal, imputaciones hechas por la Compañía con posterioridad a la ejecutoria de los sobreseimientos definitivos, cuyo mérito probatorio tampoco fue apreciado en el presente juicio. Al analizar el factor culpa para determinar si la Compañía demandada incurrió en ella en forma que dé lugar al compromiso de su responsabilidad civil, el Tribunal afirma perentoriamente que solamente los sucesos del 24 de diciembre de 1941 fueron los que dieron lugar a que Rubio sufriese los perjuicios materiales y morales de que ha sido víctima. Pero a una conclusión semejante sólo pudo llegar el Tribunal mediante la comisión de dos errores de hecho ostensibles, manifiestos en los autos, a saber: 1º Por la creencia de que así se deduce probatoriamente de los testimonios citados; 2º Por no haber apreciado, o por haber apreciado erróneamente, los otros elementos probatorios que demuestran la concurrencia de hechos distintos de aquél, que por sí solos y reunidos todos, contribuyeron y dieron lugar a la conformación de los perjuicios. Dice el certificado de fl. 2 expedido por la Empresa: "Ha sido removido (el señor Rubio) a causa de haber ejecutado un acto destinado a causar daño material grave a la Empresa y por culpa grave que compromete la seguridad de los interesados (sic) de la misma".

Aquel certificado tenía (v. 2) una trascendencia definitiva para la vida futura de mi poderdante, y no podía ser redactado sin una prudencia, sin un tino, sin una justeza especiales...; lo que es preciso plantearse, al estudiar el proceder, la conducta de la Compañía, es si el certificado en esos términos expedido, unido al despido por la misma causa y ocurrido en momentos en que apenas se iniciaba una investigación, de la cual Rubio podía o no resultar inocente, como en efecto resultó, constituye-

ron un error de conducta, una imprudencia, una actitud exagerada, es decir, una culpa. Sobre este particular, sobre que si la constituyó ese oprobioso despido, basta con volver a los testimonios ya analizados. Todos aquellos ciudadanos samarios quedaron convencidos de que Rubio era culpable, no porque hubiera sido detenido el 24 de diciembre, sino porque fue despedido de la Empresa por esa mala conducta.

De autos aparece plenamente establecido que mi poderdante fue sobreseído definitivamente (fls. 3 vto. a 9). Las providencias de las autoridades son dictadas para que se acaten; constituye en sí mismo un acto ilícito ofrecer resistencia a ellas".

Segundo cargo.—"Violación directa, por interpretación errónea del artículo 2356 del Código Civil; e indirecta de la misma norma sustantiva, por error de hecho, al no estimar el Tribunal en su mérito las pruebas que demuestran la malicia con que obró la Empresa demandada. Dice el Tribunal (folio 72 y vuelto): '...ni a la Sala le es dable presumir esa culpa con fundamento en el artículo 2356 del C. C. debido a que no se trata de daño ocasionado por cosas o cuerpos inanimados donde puede caber la culpa (sic) y por cuanto la desconfianza en el público y su consiguiente descrédito ante la sociedad la generó y buscó el mismo demandante con ocasión de los sucesos ocurridos el día 24 de diciembre de 1942 en las cercanías de la estación ferroviaria, y no a causa de la denuncia de la Empresa a las autoridades policivas, ni menos con razón del despido ni tampoco con motivo del juicio enderezado al reconocimiento de la prestación social aludida'. Para negarse a la aplicación de esta disposición, el Tribunal sentenciador, como hemos visto, vuelve al criterio de que los perjuicios sufridos por mi mandante fueron generados por los sucesos del 24 de diciembre, y 'buscados' por él. En las presunciones de responsabilidad no se trata ya simplemente de considerar establecida la culpa (como ocurre en las de culpabilidad) sino la obligación de reparar el daño. Por eso, acreditado éste, la única manera de considerar al demandado exonerado de esa obligación, consiste en la prueba, a cargo del demandado, de uno de los siguientes elementos: Fuerza mayor, caso fortuito, o la intervención de elemento extraño, que puede ser la culpa de la víctima procesalmente establecida por el demandado. La ausencia de culpa del demandado, no sería suficiente. Tendría que demostrar un hecho único: Quién ha sido el responsable. El Tribunal, que buscaba la aplicación del artículo 2356 interpretó erróneamente tal disposición, puesto que desistió de hacerle operar sus consecuencias sin que por parte del demandado se hubiese demostrado la presencia de cualquiera de aquellos elementos que son los únicos susceptibles de enervar el compromiso de la responsabilidad. Pero es más. A través de las pruebas, cree llegar el Tribunal a la conclusión, ya desvirtuada y sin asidero en los autos, de que mi poderdante señor Rubio, 'buscó' la desconfianza en el público y su consiguiente descrédito con ocasión de los sucesos del 24 de diciembre. Había incurrido el Tribunal a este respecto en evidente error de hecho, puesto que en parte alguna de los elementos probatorios que informan este juicio se deduce que mi poderdante hubiese buscado, ni que se hubiese expuesto, a los graves males que le sobrevinieron por razón de la culpa, del error de conducta en que perseveró la Empresa con la sindicación, con el despido, con la imputación de un delito en el certificado, con la reiteración pública en el juicio de cesantía de que había delinquido, no obstante los sobreseimientos de que había sido objeto, con toda serie de hechos sucesivos y conexos que determinaron su postración económica y moral ante la sociedad de Santa Marta.

"Pero, si estuviera probado que mi poderdante incurrió en imprudencia, que concurrió a la formación de los perjuicios sufridos, habría que admitir como violada, de manera directa, la disposición del artículo 2357, por no haber sido aplicado siendo procedente. Lo que sí creo que ha quedado establecido, honorables Magistrados, es que el Tribunal no aplicó el artículo 2356 del Código Civil, por una falsa noción del alcance de tal disposición positiva, y que, en tal virtud, por interpretación errónea, ha incurrido en violación directa de la misma; así como también en indirecta al no estimar probada la malicia con que obró la empresa".

Tercera cargo. — "Violación por interpretación errónea e infracción directa, del artículo 2341 del Código Civil. De la sentencia del Tribunal que es materia del recurso, se deduce (v. 17) que el juzgador de segunda instancia estima plenamente demostrados los siguientes hechos: 1º Que Rubio era empleado del demandado desde hacía 18 años; 2º Que fue despedido con certificado de mala conducta; 3º Que esa mala conducta la hacía consistir la Empresa en la comisión de un delito; 4º Que ese delito no fue demostrado; 5º Que Rubio fue sobreseído definitivamente; 6º Que no obstante los sobreseimientos, la compañía siguió imputándole que sí había cometido un delito; 7º Que se basó en el

certificado de *despido por el delito*, para negarle el auxilio de cesantía, lo cual dio lugar a un juicio público, en el cual reiteró la Compañía en ambas instancias, la imputación; 8º Que Rubio sufrió al menos, el perjuicio consistente en haber dejado de devengar su sueldo; 9º Que *antes de ser despedido de su empleo, Rubio gozaba de buena reputación.*

"De aquellos elementos que el Tribunal declara plenamente probados, se deduce nítidamente el compromiso de la responsabilidad civil de la Compañía demandada, a la luz del artículo 2341 del C. C. y en consecuencia, al no decretar el Tribunal la reparación correspondiente infringió directamente tal disposición, por haber incurrido en una interpretación errónea de la misma en lo tocante a la apreciación del factor culpa, así como también del perjuicio y del nexo de causalidad. En efecto. Si, como está demostrado, y admitido por el Tribunal, se imputó a mi poderdante la comisión de un delito, y se le despidió por tal causa, y se insistió por la Empresa en la formulación del cargo de que Rubio había cometido un delito, a pesar de que había sido sobreseído, allí está plenamente demostrado que la Empresa incurrió en culpa, porque en esa forma no habría procedido una persona prudente y diligente. Lo indicado era que no se procediese al despido hasta tanto se cumpliese una de las condiciones del artículo 10 de la Ley 10 de 1934, inciso 1º; y la Empresa ferroviaria no procedió así. Lo indicado, lo acertado, lo irreprochable habría sido que la Empresa no hubiese insistido en la sindicación que hacía a mi poderdante, después de que por la justicia penal se había declarado su inocencia y la Empresa ferroviaria no lo hizo así. En tales actividades la Compañía incurrió en culpa.

"Igualmente le causó un *perjuicio*. El mismo Tribunal reconoce que se le privó de los salarios. Igualmente admite en diversas partes del fallo que Rubio sufrió en su patrimonio moral un menoscabo notorio. Y el mismo Tribunal sostiene que Rubio gozaba de buena reputación ante la sociedad samaria *antes de ser despedido de su empleo*. Luego fue a partir del despido, *y con causa en éste*, como vino posteriormente a quedar reducido al grado de postración moral y material de que dan cuenta los autos y que es materia de la reparación que se implora en la demanda. De manera, pues, que la violación es clara. El Tribunal fija su atención en los hechos y los estima probados, pero no les imprime sus consecuencias legales. Con la prueba de esos hechos era suficiente para que quedara conformada la acción. Y no aplicó el artículo 2341, por una falsa noción de su contenido jurídico".

Cuarto cargo. — "Violación del artículo 23 (sic) del Código Civil, por haber incurrido el Tribunal en infracción directa del artículo 1209 del C. J. Al hacer el Tribunal (folio 71) el análisis de la prueba aducida por el demandante y consistente en las copias autenticadas de las imputaciones formuladas al señor Rubio en el juicio encaminado al reconocimiento de cesantía, el Tribunal desestima dicha prueba por considerar que ella no demuestra que la Empresa hubiese incurrido en culpa, ni que de las imputaciones que le fueron formuladas a mi mandante en ese juicio se le derivaran perjuicios, debido a que aquel 'juicio civil' fue privado, con intervención únicamente de demandante y demandado. Incurrió el Tribunal en infracción directa, en error de derecho, que consiste en la falsa noción de la ley porque el artículo 1209 del Código Judicial dice muy claramente que el juicio verbal es un juicio público que se celebra oralmente con audiencia pública, lo cual está en contradicción definitiva con lo afirmado por el Tribunal sentenciador.

"El juicio laboral por prestaciones se tramitó ante el Juez Civil con base en lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley 10 de 1934, porque para aquella época no existía la jurisdicción especial del trabajo. Pero al negar el Tribunal su mérito por la causa aludida, a las pruebas de folios 11 a 28 del expediente, violó también, al no aplicarlo, el artículo 2341 del C. C., que de otra manera habría sido de operancia incuestionable".

Quinto cargo.—"Violación del artículo 2341 del Código Civil por haber incurrido el Tribunal en falta de aplicación del artículo 1603 de la misma obra, en relación con el artículo 10 de la Ley 10 de 1934. Los contratos deben ejecutarse de buena fe. No puede entenderse como de buena fe aquella ejecución contractual que se realiza contraviniendo una disposición legal expresa, en perjuicio de otro, o con la mira de causarlo. Ahora bien; el demandado y don Ernesto Rubio se encontraban ligados por los términos de un contrato de trabajo el día 24 de diciembre de 1941. De conformidad con el art. 10 de la Ley 10 de 1934, en caso de que al empleado se le sindique de un delito por el cual haya sido llamado a juicio o se le detenga por más de un mes por decisión de la justicia, se puede dar por terminado el contrato de trabajo, sin previo aviso y con justa causa, es decir, sin derecho al auxilio de cesantía por parte del empleado. Tal era el régimen imperante en el caso contemplado en los autos, referente al año de 1941.

"Incurrió el Tribunal en error evidente de hecho, al no tener en cuenta que mi poderdante y la Empresa se encontraban ligados por una convención; y al no apreciar ese factor, que impone la ejecución contractual de buena fe, conforme al artículo 1503 del C. C., tal omisión le llevó a no tener por demostrado el factor culpa en relación con el despido por mala conducta, con imputación de un delito, de que la Compañía hizo víctima al señor Ernesto Rubio. Esa omisión le llevó igualmente, al Tribunal sentenciador a apreciar erróneamente, es decir, cometiendo un error de hecho, el certificado de folio 2. Porque es obvio que si la Empresa, tiene por Rubio las consideraciones debidas a una persona a quien se viene ocupando desde hace muchos años en un empleo de confianza, el patrono habría por lo menos esperado a que se cumplieran las exigencias de la Ley 10 para proceder al despido ominoso que se infirió a mi poderdante. La consideración del factor culpa sin sujeción a esa circunstancia, que imponía al patrono una obligación especial de prudencia, de buena fe, de consideración respecto de su empleado, llevó al Tribunal a violar el artículo 2341 del C. C. por dos aspectos: primero: Por no considerar probado ese elemento de la responsabilidad. Segundo: Por no haberlo aplicado al caso *sub judice*, ordenando el pago de la reclamación siendo procedente".

Sexto cargo. — "Violación indirecta del artículo 2341 del C. C., por haber incurrido el Tribunal en error de hecho por falta de apreciación de la prueba consistente en el dictamen pericial y de las demás pruebas relacionadas con los perjuicios. En efecto, auncuando el Tribunal considera en principio que mi poderdante ha sufrido perjuicios materiales y morales, no entra a declarar el valor de esos perjuicios posiblemente por no estimarlo necesario debido a que había incurrido en las violaciones que dejo examinadas y que lo llevaron a considerar no establecida la culpa en que incurrió la Compañía demandada. El Tribunal sentenciador al no haber sido explícito, sino apenas limitado a referencias incidentales, respecto de la existencia y prueba de los perjuicios causados a mi mandante, tanto sobre sus bienes pecuniarios como sobre las partes social y afectiva de su patrimonio moral, ha incurrido en error manifiesto de hecho, por falta de apreciación de los testimonios de los señores Díaz Granados, Katime, Martínez Robles, Aarón Martínez y Carbonó (folios 13 y siguientes, cuaderno segundo), quienes uniformemente deponen sobre el hecho de que Rubio era considerado como un hombre honrado pero que ha perdido esa reputación (véase transcripción del punto 30), *después del despido* de que fue víctima por parte de la Compañía del Ferrocarril motivado por los cargos que le fueron formulados y referentes a la imputación falsa de que él había cometido un delito.

"Por no haber apreciado esos testimonios, que hacen plena prueba sobre el particular, el Tribunal no fue perentorio en la declaratoria de la existencia de los perjuicios causados y de su valor, por lo cual incurrió en violación indirecta del artículo 2341 del C. C., al no declarar probados todos los elementos que imponen la obligación de reparar".

Séptimo cargo.—"Violación indirecta del mismo artículo 2341 del C. C., por haber incurrido el Tribunal en error de hecho ostensible en los autos, al apreciar erróneamente las pruebas referentes a la relación de causalidad entre la culpa y los perjuicios sufridos por el señor Ernesto Rubio; y violación directa del artículo 2347 en armonía con el 2349 del C. C. Incurrió el Tribunal en error evidente de hecho al estimar que los perjuicios sufridos por mi poderdante fueron causados *exclusivamente* por los sucesos del 24 de diciembre de 1941 y no de los otros hechos relacionados en la demanda principal y acreditados plenamente en los autos. A tal error lo condujo una errónea apreciación de las múltiples pruebas referentes a la actividad que desplegada imprudente e inmisericordemente por la Compañía demandada, dieron lugar al descrédito, a la descalificación moral a que fue reducido mi mandante, y en falta de apreciación de esas mismas pruebas.

"Por último, si, como lo afirma el Tribunal los perjuicios emanaron de los hechos ocurridos el 24 de diciembre, había incurrido el Tribunal en violación directa de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil puesto que los hechos de la Estación Ferroviaria, en cuanto escandalosos y perjudiciales para Rubio tuvieron como origen la actividad de Bateman, y éste era un empleado de la Empresa demandada. Aquellas disposiciones contienen presunciones de culpabilidad por los hechos de los dependientes, por culpa *in eligendo* e *in vigilando;* y si Bateman el propalador, el causante, juntamente con Tinoco o sin asocio de éste del conocimiento por parte del público de los hechos que causaron la ruina moral de mi mandante, la empresa, o no hizo una adecuada escogencia de su empleado, o no vigiló acertadamente su actividad. Como estas disposiciones contienen presunciones, y tales presunciones no fue-

ron desvirtuadas por el demandado, el Tribunal debió aplicarlas, y no lo hizo".

Estudio de los cargos

Los siete cargos anteriores se fundamentan en los mismos hechos y en similares consideraciones de derecho. Como razón fundamental se alega la violación por diversos aspectos de los artículos 2341, 2347, 2349, 2356, 2357 del Código Civil, y en forma complementaria se arguye infracción de los artículos 10, ordinal 1º de la Ley 10 de 1934, 23 del Código Civil, 1603 de la misma obra y 1209 del Código Judicial. Resulta conducente, pues, el estudio conjunto de los cargos.

Se observa:

En el primer cargo alega el recurrente que para el Tribunal "solamente los sucesos del 24 de diciembre de 1941" fueron los que causaron los perjuicios morales a Rubio, y que con tal afirmación incurrió en error de hecho en la apreciación de los testimonios de Díaz Granados, Katime, Martínez Robles, Aarón Martínez y Carbonó. A juicio del demandante en casación, de los citados testimonios "se deduce ciertamente que los incidentes ocurridos en la estación del Ferrocarril dieron lugar a que se propalara la especie de que Rubio había sido apresado por la razón de que estaba robando al Ferrocarril"; pero añade que tal versión no podía surgir simplemente del escándalo callejero provocado por los disparos contra Archila y del apresamiento del demandante en este juicio, sino de que "alguien tuvo que dar las explicaciones pertinentes a los circunstantes, para que éstos, a su vez, quedaran enterados de las actividades, hasta entonces secretas, de los altos funcionarios del Ferrocarril, referentes a las sospechas del fiscal Bateman y del denuncio formulado por el Gerente Cooper". Y añade: "Si de allí salió la primera voz de alarma respecto de la antisocialidad, la presunta peligrosidad de Rubio, esa voz tuvo que ser expresada en público por alguien, y ese alguien no pudo ser otra persona que el empleado Bateman". Y concluye afirmando que si la Empresa no despide a Rubio, "su situación moral no habría sufrido mengua tan intensa como la que le ha acarreado ese proceder de la Empresa".

Como se ve, el cargo está fundamentado sobre dos simples supuestos o hipótesis: que la persona que dio la voz de alarma sobre la peligrosidad o antecedentes delictivos de Rubio en la Empresa, "tuvo que ser" el empleado Bateman, y que de no haberse despedido a Rubio "su situación moral no habría sufrido mengua tan intensa".

Pero de los testimonios mencionados no se deduce prueba ninguna favorable a las conclusiones del recurrente. En efecto, Julio C. Díaz Granados declara que no puede precisar si lo informaron de que la Compañía acusaba a Rubio de haberla robado, ni recuerda a quién se lo oyó decir. Para el deponente las versiones que afectaron la reputación del actor en el juicio tuvieron origen en el escándalo que hubo en la estación de Santa Marta "con motivo de la herida de un mocho y la captura de Rubio" (pruebas del actor, folio 13); *Salomón Katime* declara que en Santa Marta oyó decir a particulares (no a empleados de la Compañía) que Rubio había robado a la Empresa. No recuerda los nombres de los informantes. (Pruebas del demandante, fol. 14); *Luis Carlos Martínez Robles* declara que el hecho público de haberse perseguido por la policía en la estación del ferrocarril a Rubio y a un mocho que resultó herido, fue lo que dio lugar a que se conociera la especie de que Rubio cometía actos ilícitos contra la Empresa. Y agrega que la ciudadanía y la prensa comentaron la conducta de Rubio pero que a ningún empleado de la Empresa le oyó decir que aquél la estuviera robando (idem, fol. 14 vto. y 15); *Enrique Aarón Martínez* declara que lo oyó del público pero no de ningún empleado de la Compañía (idem, fol. 15 vta.); y *Julio Carbonó* declara en idéntico sentido: según él la generalidad de la gente estima que Rubio robó a la Compañía pero no puede decir que oyó a ningún empleado de la Empresa acusar al señor Rubio; la prensa —dice— habló del robo de tiquetes con ocasión del incidente que un detective o agente de policía provocó a "Rubio y un señor mocho vendedor de billetes de lotería y periódicos, descargando un tiro e hiriendo al mocho y capturando a Rubio" (fol. 16 vta.).

En ninguna parte aparece el error manifiesto de hecho que se imputa al Tribunal, con fundamento en la creencia de que el empleado Bateman hubiera llevado al conocimiento público las imputaciones contra Rubio. Tampoco surge por no estimar el Tribunal que sin el despido de éste el daño moral no hubiera sido tan grande. El error no existe, pues nada dicen los testigos para respaldo de los supuestos a que apela el recurrente en este punto de su acusación.

Se dice en este primer cargo que el certificado expedido por la Empresa con ocasión del despido de Rubio, ha debido ser redactado con justeza y pru-

dencia especiales y que la Compañía incurrió en culpa al expedirlo como aparece escrito. Pero como no alega error manifiesto de hecho en su apreciación por el Tribunal, tales consideraciones resultan inoficiosas. Además, la afirmación de que los testigos quedaron convencidos de que Rubio era culpable porque fue despedido de la Empresa y no porque hubiera sido detenido por la policía el 24 de diciembre, no tiene asidero ninguno en las declaraciones.

En el *segundo cargo* alega el recurrente violación tanto directa como indirecta del artículo 2356 del C. Civil, esta última causada por error de hecho al no estimar el Tribunal en su mérito las pruebas que demuestran la malicia con que obró la Empresa demandada. Sostiene que el sentenciador buscó la aplicación de ese artículo pero que lo interpretó erróneamente al no exigir a la empresa demandada la prueba de la fuerza mayor, el caso fortuito o la culpa de la víctima, y que indirectamente lo violó por error evidente de hecho cometido al estimar que Rubio "buscó" la desconfianza en el público y su descrédito con ocasión de los sucesos del 24 de diciembre. Concluye afirmando que por lo menos se violó el artículo 2357 por falta de aplicación.

No comprende la Sala cómo se haya podido violar en forma directa el artículo 2356 del Código Civil que consagra la presunción de culpa cuando los daños son causados por malicia o negligencia en el ejercicio de actividades peligrosas, ya que aquí se trata del despido de un empleado vendedor de tiquetes y de una investigación criminal con ocasión de hechos o actividades del mismo. No es correcta la apreciación del Tribunal cuando dice que este texto se refiere únicamente a los daños ocasionados por cosas o cuerpos inanimados, porque también comprende los casos en que el perjuicio se produzca por acción directa de una persona en desempeño de actividades peligrosas. Observación ésta hecha de paso porque el concepto anotado carece de importancia para la solución del litigio, al cual de ninguna manera es aplicable el artículo 2356 en cuanto consagra la presunción de culpa.

Y en cuanto a la violación del mismo artículo 2356 del C. C. en forma indirecta y como consecuencia del error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas sobre la malicia con que obró la Empresa, sucede que el recurrente olvidó señalar cuáles fueron las pruebas mal estimadas y de las cuales pueda aparecer en forma indudable la conducta maliciosa de la Compañía. Ni siquiera puede aceptarse que lo afirmado por el recurrente en este cargo se refiera a las pruebas que menciona en el anterior, porque de ellas, como se vio, no se deduce imputación alguna contra la Empresa demandada y muchísimo menos malicia o negligencia de su parte. Esto sin olvidar que de ningún modo podría tener aplicación al caso de autos el artículo mencionado, por las razones someras que acaban de expresarse.

Tampoco hubo violación directa por falta de aplicación del artículo 2357 del C. Civil. El Tribunal no sólo no aceptó la culpa concurrente de la Empresa sino que negó su existencia. Y este texto dá por sentado que la concurrencia de culpa de la víctima y del autor del daño se halle debidamente establecida.

Obró bien el Tribunal al negarse a presumir la culpa de la empresa con fundamento en el artículo 2356 del C. Civil. Y ninguna importancia tiene su afirmación de que "la desconfianza en el público y su consiguiente descrédito ante la sociedad la generó y buscó el mismo demandante con ocasión de los sucesos ocurridos el día 24 de diciembre de 1941 en las cercanías de la estación ferroviaria", porque con ella no puede entenderse que el Tribunal le haya atribuído a Rubio la intención de buscar esos efectos. Con la frase transcrita simplemente le dá mayor importancia como causa de tal descrédito a los referidos sucesos, comentados por la prensa, que al despido y a la denuncia de la Empresa ante las autoridades policivas. Así lo expone claramente el sentenciador en otros apartes de su fallo (fl. 69 y vta.).

Tampoco ha podido violar el Tribunal en forma directa el ya comentado artículo 2341 del C. Civil, porque para ello se necesitaría que en el proceso estuviera demostrada en forma plena la culpa de la Empresa y la relación de causalidad del despido y el denuncio penal con el perjuicio moral y material que causó al demandante la trascendencia al público de los sucesos del 24 de diciembre de 1941. Y ya se ha visto cómo el Tribunal niega que tal culpa haya existido. Es cierto que admite como probados en los autos: la calidad de empleado; el despido con la certificación de mala conducta; atribuída al hecho de vender tiquetes clandestinamente; el sobreseimiento por no haberse podido demostrar plenamente el ilícito; la negativa de la Empresa a pagar el auxilio de cesantía y la condena en juicio especial a cubrirlo; la circunstancia de que a pesar del sobreseimiento la Compañía continuó sosteniendo que obró correctamente al despedir a Rubio, con base en los informes que tenía de su conducta y en el hecho de que la absolución penal se debió a la

duda suscitada por la falta de plena prueba del ilícito y no a ninguno de los motivos previstos en el artículo 437 del C. de P. Penal. Pero concluye diciendo que a pesar de todo esto en su concepto "el descrédito, si en puridad de verdad ha caído en él, le vino a Rubio no por la denuncia a la Policía de Sevilla ni por lo que el Gerente sabía conforme lo informara Bateman, sino con ocasión de los sucesos de la estación, lo cual motivó asimismo el despido de Rubio de su destino por mala conducta, según se infiere de autos". (C. 1, fol. 69). Es decir, el Tribunal niega que exista relación de causalidad entre el despido y la denuncia a la Policía, y los perjuicios que alega el demandante, y no encuentra probada la culpa de la Empresa. Expresa más adelante la sentencia: "Ninguno de los hechos que fundamentan la demanda tiene mérito para establecer el elemento culpa en la Compañía y por consiguiente declararla responsable de los perjuicios deducidos por el actor" (fol. 69 vto.).

En otra parte de su fallo dice el Tribunal: "Establecido plenamente que The Santa Marta Railway Company, Limited, no le ocasionó agravio al demandante hasta el punto de disminuir su buena fama y reputación, es lógico pensar que mal pudo haberle causado perjuicio en su patrimonio moral, pues si efectivamente prescindió de sus servicios fue por la mala conducta que a él sobrevino con motivo de los sucesos del 24 de diciembre relacionado con lo que la Gerencia sabía por conducto de su empleado Bateman, quien dio fe de esos hechos. Si a un comerciante dueño de un almacén se le previene por uno de los empleados que tiene la misión de fiscalizar a los dependientes que atienden al público, de que alguno o algunos de ellos está o están vendiendo clandestinamente artículos del almacén que sacan de él, procede correctamente el propietario si esa prevención la pone al conocimiento de las autoridades encargadas de hacer respetar sus bienes, y procede aún de conformidad si despide por falta grave al empleado o dependiente que por la misma autoridad fue cogido infraganti en el comercio ilícito de los artículos de su propiedad; y si el hecho es escandaloso porque hubiera pasado en un lugar concurrido y de él se dan cuenta muchas personas que inmediatamente lo riegan como pólvora encendida y decae por eso mismo la buena fama de ese empleado, es obvio que el dueño del almacén que despidió al dicho dependiente no puede ser responsable extracontractualmente de ese descrédito. Y esto nada más y nada menos fué lo que aconteció en el caso *sub judice*".

No encuentra la Sala equivocado el criterio del Tribunal al considerar que el sobreseimiento por falta de la plena prueba de haber sido el demandante autor de los ilícitos investigados, no implica por sí solo que la Compañía hubiera estado desprovista de toda razón al alegar la mala conducta de aquél como causal del despido. Porque la providencia que le pone fin al juicio penal en forma absolutoria para el sindicado no constituye necesariamente la prueba de que él no haya tenido participación en el delito o de que éste no haya existido. En efecto, únicamente cuando el fundamento de la sentencia penal absolutoria es la ausencia de delito o la no participación del sindicado en su comisión, esa providencia constituye, por efecto de la cosa juzgada, plena prueba de tales hechos dentro del proceso civil.

Pero cuando la decisión penal favorable se basa en la falta de prueba suficiente de la responsabilidad del sindicado, no demuestra en forma alguna, en el proceso civil, que evidentemente el sindicado haya sido ajeno a los hechos debatidos o que no los haya ejecutado.

Por otra parte, auncuando los hechos que realice un asalariado con ocasión de su empleo no alcancen a configurar un delito, ningún obstáculo legal o jurídico existe para que sí constituyan mala conducta en el cumplimiento del contrato de trabajo o incumplimiento grave de sus obligaciones, que dén al patrón el derecho a terminar el vínculo laboral unilateralmente.

Es oportuno transcribir aquí lo expuesto por esta Sala en fallo del 29 de noviembre de 1941: "La autoridad que tiene en lo civil la cosa juzgada en materia criminal está condicionada y limitada en razón o fundamento mismo a lo que ha sido necesaria y ciertamente decidido en la acción pública penal, a la materia o punto en que coincide el objeto procesal de ambas acciones, porque lo que la razón de orden público adscrito a la vida del Estado exige es que se evite esa contradicción entre sus órganos jurisdiccionales. De aquí resulta que el Juez civil tiene libertad de apreciación e imperio sobre todas las cuestiones que no resulten inconciliables con lo que ha sido juzgado criminalmente. La sentencia definitiva absolutoria o el sobreseimiento de la misma índole en lo penal pueden tener su fundamento en que el hecho imputado no es constitutivo de delito por no estar previsto y definido en la ley penal, o en que el haz probatorio agregado al proceso criminal no es suficiente para demostrar la intención criminal del acusado, *ánimus nocendi*, o en que tales probanzas no acrediten plenamente la comisión del hecho; y en todos esos casos tal senten-

cia o calificación definitiva no impide la posible prosperidad de la acción civil del resarcimiento, porque el actor en ella puede probar debidamente el delito o culpa, o complementar la prueba declarada insuficiente en lo penal, para obtener por la vía civil la reparación del daño que demuestre habérsele causado en estas especiales circunstancias. En ninguno de estos casos habrá colisión de jurisdicción porque el fallo criminal ha dejado un campo de acción a cubierto por la autoridad de cosa juzgada, en donde los jueces podrían actuar para apreciar lo que concierne a su jurisdicción ordinaria y privativa".

El recurrente no demostró, y ni siquiera lo alega, que el demandante no hubiera tenido en realidad mala conducta ni participado en la venta fraudulenta de tiquetes del Ferrocarril y que fuese falsa, en consecuencia, la razón dada por la Empresa al despedirlo.

Por otro lado, en los apartes del fallo que acaba de transcribirse el Tribunal acepta como demostrado que el actor consumó los hechos que dieron lugar al despido, los mismos que dan origen a la acción indemnizatoria aquí propuesta. El recurrente no ha atacado en forma alguna ese parecer del Tribunal. Y en presencia del hecho que éste dá por demostrado no se puede atribuir a la Empresa una culpa que sólo se desprendería de ser falso tal hecho.

Además, ya se dijo que el simple sobreseimiento no demuestra nada al respecto y que al proceso no se trajeron pruebas para establecer que el actor en este juicio no incurrió en la culpa grave que le atribuyen el demandado y el Tribunal.

Por consiguiente, los cargos tercero, quinto, sexto y séptimo no tienen fundamento alguno. Si los elementos culpa y daño y relación de causalidad no aparecen demostrados, y al llegar a tal conclusión el Tribunal no incurrió en error de derecho ni de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas, no hubo violación directa e indirecta de los artículos 2341, 2347, 2349 del Código Civil. Tampoco violó el sentenciador el artículo 1603 del Código Civil que ordena ejecutar los contratos de buena fe puesto que no se demostró que la Empresa hubiera obrado de mala fe al despedir a Rubio o al poner en conocimiento de las autoridades de policía los hechos que el empleado Bateman había observado y que luego fueron la causa del incidente del 24 de diciembre de 1941, ocurrido cuando empleados de la seguridad estaban investigándolos.

Por último, no tuvo lugar tampoco la violación del artículo 2341 del C. Civil, que en el cargo cuarto se alega, pues la circunstancia de que el juicio laboral para el pago del auxilio de cesantía se hubiera tramitado conforme lo exige el artículo 1209 del C. J., en forma verbal y en audiencia pública, no demuestra que ese juicio —y por culpa de la Empresa— fuera la causa de los perjuicios morales y materiales que el demandante pudo sufrir. Además, en los autos no aparece ninguna demostración en contrario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, 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 Marta, con fecha 19 de agosto de 1949, en el juicio ordinario de Ernesto Rubio contra The Santa Marta Railway Company Limited.

Costas en casación a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez — Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO. — ES INADMISIBLE QUE EL TERMINO DE DIEZ AÑOS, SEÑALADO PARA LA DURACION DE LOS ACTOS CONSTITUTIVOS, PUEDA REDUCIRSE CUANDO FISICAMENTE SE HIZO IMPOSIBLE EL TRANSCURSO DE AQUEL

El texto clarísimo de los artículos 6º de la Ley 45 de 1936 y 398 del C. C., que por disposición del 7º de la citada ley, es aplicable al caso de filiación natural, demuestra, como lo tiene admitido la jurisprudencia, que "no basta... dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo y la fama, para tener por establecido el estado civil de que se trata; se requiere, además, establecer (sic) con el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que pueda formarse de manera aceptable, la fama pública...". (Sentencia de 21 de agosto de 1942). Por ello, no es aceptable la tesis sostenida por el recurrente, de que el término de diez años señalado como mínimum para la duración de los actos constitutivos, pueda reducirse cuando físicamente se hizo imposible el transcurso de aquél, y menos aún para casos en que, como el de que aquí se trata, ese defecto obedeció a la simple consideración de no haberlos querido ejecutar el pretendido padre en la oportunidad debida: "Cuando el sentido de la ley sea claro, dice el artículo 27 del C. C., no se desantenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"; y es claro que al señalar el artículo 398 un término de diez años continuos, por lo menos, para que la posesión notoria proceda como prueba legal de un estado civil, no cabe leerse y entenderse que en alguna circunstancia ese término pueda ser menor.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B.—Bogotá, noviembre trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Gualberto Rodríguez Peña)

Desde el año de 1926 hasta mediados de 1937, en que Gabrielina Valenzuela estuvo en públicas y notorias relaciones de concubinato con el señor Julio Pinzón, procreó cuatro hijos, a saber: Alvaro, que nació el 12 de enero de 1927, Carlos Alirio, el 12 de octubre de 1928; Dora, el 12 de julio de 1934, e Irma, nacida el 10 de enero de 1937, todos los cuales venían hasta entonces sostenidos y presentados como hijos comunes de aquella unión. Al separarse, los hijos continuaron al cuidado exclusivo de la madre, hasta el año de 1944, en que la niña Dora se fue a casa de Gustavo Pinzón, con quien vivió hasta el momento de la muerte de éste acaecida el 12 de abril de 1948.

El trato que Gustavo le dispensara a la niña Dora durante los cuatro años en que vivió a su lado, como a hija suya, determinó a la madre a promover la correspondiente acción de filiación y al efecto, por conducto de apoderado, demandó con fecha 30 de septiembre de 1948 ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bucaramanga, a la señora Gabrielina de Pinzón, madre legítima de Gustavo, para que con citación y audiencia suya se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la niña Dora Valenzuela, hija natural de Gabrielina Valenzuela, es también hija natural de Gustavo Pinzón, ya fallecido;

"Segunda.—Que, en consecuencia, Dora Valenzuela es heredera de Gustavo Pinzón, correspondiéndole la mitad del patrimonio relicto del causante;

"Tercera.—Que en consecuencia, dentro del juicio de sucesión correspondiente, sin perjuicio de terceros, debe adjudicarse a Dora Valenzuela, la hija de Gustavo Pinzón, el derecho de dominio sobre la mitad" de los bienes hereditarios que la demanda señala;

"Cuarta—Que en consecuencia, pertenece a Dora Valenzuela la mitad del derecho de dominio sobre cada uno de los bienes anteriormente referidos.

"Quinta.—Que, en consecuencia la demandada está obligada a entregar a la demandante, en la proporción que le corresponde, los bienes anteriormente referidos, dentro del término que señale la sentencia.

"Sexta.—Que la demandada está obligada a pagar las costas del presente juicio, en el caso de oponerse a las pretensiones de esta demanda".

Como causal del reconocimiento invocó la de posesión notoria de estado civil de hija natural, deducida de los siguientes hechos:

"7º El señor Gustavo Pinzón sostenía, suministrándole alimentos, vivienda y educación, a la niña Dora Valenzuela.

"8º Gustavo Pinzón trataba a la menor Dora Valenzuela como a su propia hija, preocupándose por ella y velando por ella en todas sus necesidades.

"9º Gustavo Pinzón vivió en Puente Nacional, Municipio Santandereano, donde vivía la madre de Dora Valenzuela y donde esta niña nació.

"10º Gustavo Pinzón le confirió a la menor Dora Valenzuela, hija natural de Gabrielina Valenzuela —la demandante— la posesión notoria del estado de hija natural suya, mediante actos inequívocos de reconocimiento voluntario de su paternidad".

El negocio fué debidamente tramitado y resuelto luégo en la primera instancia, por sentencia de veintitres de marzo de mil novecientos cuarenta y nueve, absolviendo a la demandada de los cargos propuestos.

Apelada esta decisión, el Tribunal Superior de Bucaramanga desató el recurso en fallo de cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en el cual confirmó la sentencia de primer grado, con base en las siguientes consideraciones:

"Según los fundamentos de hecho de la presente demanda, en el caso de autos se alega como base de la acción la causal 5ª del artículo 4º o sea "la posesión notoria del estado de hijo".

"La misma ley, en su artículo 6º dice qué debe entenderse por tal, en los siguientes términos: "la posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya *tratado* al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, *lo hayan reputado* como hijo de dicho padre o madre en virtud de aquel tratamiento". Pero no basta solamente que los hechos externos que demuestran esa posesión se cumplan a cabalidad, sino que es indispensable que se complete un lapso de *diez años de actos continuos e ininterrumpidos*, tal como lo prevé el artículo 7º de la ley en mención al establecer que serán de aplicación las reglas contenidas en los artículos 395, 398, 399, 401 y 404 del C. C., en el segundo de los cuales, el 398, se estatuye que 'para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba de estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos'.

"En concepto de tratadistas de la materia, como Vélez Sarsfield, Valbuena, Latorre y otros que sería prolijo enumerar, es esta prueba la que dá un fundamento de verosimilitud más acorde con la realidad ambiental, y, por lo mismo, la que ofrece mayores probabilidades de certeza, como que ella nace de hechos percibidos y de manera directa y constante, ejecutados en forma pública por quien confiere la respectiva posesión.

"De ahí, pues, que sea una prueba de excelente calidad y que deba aparecer tan nítida, tan clara, tan evidente, que sea suficiente a suplir la inexplicable falta de reconocimiento expreso que es consustancial, pudiera decirse, obvio, natural y apenas lógico a una situación de hecho tan pública y notoria y a un ánimo franco y decidido de aceptarlo por parte de quien la ha admitido y pregonado con su conducta. Porque *poseer* un estado civil es gozar notoriamente del título y de las ventajas que la ley determine y asigne al mismo estado, según lo ha dicho la Corte.

"Las características de la posesión de un estado civil, determinadas expresamente por el legislador, constituyen factores que atañen directamente a la esencia misma del fenómeno, y pueden reducirse a dos principalísimas: calidad y tiempo.

"Calidad que dice relación a ciertos actos de indubitable significación y al ánimo decidido de conferir el título respectivo, aceptado, claro está, en el consenso de quienes se hallen ligados por lazos de sangre, de afinidad, de amistad o de simple conocimiento. Por eso la ley habla de que "sus deudos y amigos o el vecindario del domiciliado en general" reputen como cierto el respectivo estado civil. "Antiguamente se creía, dice el doctor Valbuena, que no podía faltar ninguno de los elementos: nomen, fama et tractatus, para que la posesión pudiera considerarse perfecta. Claro está que concurriendo, todos no se necesita de ningún esfuerzo para la apreciación de la prueba; pero puede ésta ser también completa si falta alguno de tales elementos, cuando los otros están constituídos por un conjunto de hechos de suficiente fuerza demostrativa". Así que, si no se requiere como condición indispensable a la constitución del estado *todos* los elementos traídos por el artículo como demostrativos de la

concesión del estado, no es menos cierto que uno solo de estos elementos no es suficiente por sí solo para determinarlo, legalmente. Si el presunto padre acepta, por ejemplo, ser el padre de otra persona, pero no vela por ella, ni atiende a sus necesidades, ni en sus hechos o conducta demuestra de manera práctica este reconocimiento extrajuicio o entre particulares, es claro que no ha conferido con ese solo dicho el estado reclamado o pretendido, pues la ley habla muy claro de que *'haya tratado'* al presunto hijo como tal".

"....

"Y tiempo, la otra característica de la posesión notoria de un estado civil para que tenga operancia legal, que lo requiere de manera perentoria el artículo 7º de la ley 45 al remitir al artículo 398 del C. C. Este tiempo se refiere a un período de diez años continuos, por lo menos. Este plazo o término arbitrario, como todos los que fijan un período determinado, lo establece el legislador atendiendo circunstancias, presuntivamente convenientes, no sin que ellos, en ocasiones muy frecuentes, pugnen con realidades objetivas de franca y categórica repulsa.

"Don Fernando Vélez explica el requisito 'tiempo diciendo que no basta el tratamiento y la fama para que quede establecido el estado civil: se requiere, además, que los testigos declaren que aquellos hechos duraron por espacio de diez años continuos, por lo menos, esto es, que durante ese tiempo los esposos e hijos se trataron y fueron recibidos como tales. Nuestra ley, a diferencia de otras, ha creído necesario fijar plazo en el particular, porque sin ésta, la fama pública no puede formarse de una manera aceptable, y porque si se trata de un estado civil adquirido recientemente, es difícil que haya testigos presenciales de los hechos que lo constituyen'.

"Y agrega: 'Es claro que la fijación de plazo presenta inconvenientes cuando se trata de un estado civil que no haya durado diez años. Por ejemplo, si el hijo sólo vivió nueve, será imposible probar que duró en su estado civil diez años. Tanto el señor Chacón como el señor Vera creen que el goce continuo de los diez años no se requiere sino cuando haya sido materialmente posible, porque de lo contrario la ley sería absurda".

"Por último, es conveniente advertir que según lo estatuye de manera terminante el artículo 399 del C. C. 'la posesión notoria del estado civil se probará por un *conjunto* de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable'. Esta disposición tiene exacta aplicación en el caso de la posesión notoria del estado de hijo natural, porque así lo prevé el artículo 7º de la ley 45 de 1936.

"Sentadas las anteriores premisas, importa analizar el caso de autos para determinar si hay o no lugar a hacer la declaración de paternidad impetrada.

"Las partes están de acuerdo en que desde el año de 1926, Gabrielina Valenzuela, madre natural de la niña Dora, vivió públicamente con Julio R. Pinzón en el Municipio de Puente Nacional, y que durante el lapso de esas relaciones sexuales públicas y estables fueron concebidos por Gabrielina cuatro hijos, el penúltimo de los cuales es Dora Valenzuela. Así se demuestra, por otra parte, con las declaraciones de Isabel Andrade de Sanabria, Carlos Andrade, Ninfa Fajardo de Andrade, Camilo Luengas Ruiz, Zoila Luengas de Aguilera, Moisés Aguilera, Miguel Becaría, Rafael Becaría, Maruja Viviescas, Elisa de Viviescas, Justino Viviescas, María Antonia v. de Luengas, y con las partidas de nacimiento de Carlos Alirio, nacido el 12 de octubre de 1929, Alvaro, nacido el 12 de enero de 1927, Dora, nacida el 12 de julio de 1934, e Irma, nacida el 10 de enero de 1937, todas expedidas por el señor Cura Párroco de Santa Bárbara de Puente Nacional.

"De acuerdo con lo anterior se tiene, pues, que habría una presunción legal para aceptar la paternidad putativa de Julio E. Pinzón, puesto que de acuerdo con el numeral 4º del artículo 4º de la ley 45 de 1936, las relaciones sexuales notorias y estables son una de las causales pará declarar judicialmente la paternidad natural. Por tal razón, y si se tiene en cuenta, además, lo afirmado por otros testigos, en relación con la subsistencia, a lo menos, dada a todos los hijos del ayuntamiento sexual por parte de Julio E. Pinzón, que induciría a aceptar con fundamento innegable también la posesión notoria del estado de hijos naturales en *todos* los habidos en el transcurso de las relaciones, ya que no aparece siquiera que mientras Dora vivió en casa de su madre, Julio hubiera hecho distinción alguna entre ellos, la prueba para demostrar tal posesión conferida por Gustavo a Dora, además de reunir las cualidades necesarias al establecimiento claro e indubitable de dicho estado, deberá, ante todo, destruir sin duda alguna ese otro estado de cosas en relación con Julio E. Pinzón".

Analiza luego las pruebas que las partes adujeron en orden a la demostración de sus respectivas pretensiones, para concluir que "no habiéndose, pues, cumplido el lapso requerido por la ley para dar por demostrado el estado de la posesión notoria de hija natural de Dora Valenzuela o Pinzón de

Gustavo Pinzón, no puede el juzgador de derecho acceder a la solicitud impetrada, por más que en los últimos cuatro años ese estado se haya demostrado plenamente, como en el caso de autos. Es cierto, evidentemente cierto, que la negativa no se compadece con la situación de hecho claramente definida en los últimos cuatro años, pero como el requisito del plazo señalado por el legislador no se halla cumplido, culpa es de quien dicta las leyes, y no de quien las aplica".

El recurso de casación

Contra este fallo, recurrieron en casación las dos partes interesadas en el juicio; la demandada sin embargo, se abstuvo de formalizar el recurso, por lo cual éste se declaró desierto, quedando limitada la acción de la Corte, al propuesto por la parte actora.

"Se funda esta demanda, dice el recurrente, en la causal primera del artículo 520 del C. J., por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea o aplicación indebida de los artículos 398 del C. C., 4º y 7º de la ley 45 de 1936 y artículo 63 de la ley 153 de 1887".

La posesión notoria del estado civil, sostiene el recurrente "es una presunción legal, y, como tal, sirve para traducir el silencio del padre que no fue expreso en el reconocimiento de su hijo natural"; y el término de su duración no tiene otra finalidad, que la de darle firmeza a dicha presunción". De manera que si, después de vencido tal lapso, quien la confirió la desconoce o la niega o la contradice, no por eso le merma valor probatorio ni borra los beneficios legales que de ella se deducen. "En cambio, no podría considerarse interrumpido el lapso de diez años continuos si quien está confiriendo la posesión notoria de un estado civil mediante actos voluntarios deja de existir o se encuentra imposibilitado física o moralmente para continuar en dichos actos. Porque en tal caso la interrupción evidente que ocurre no desmiente la presunción ni implica una rectificación de los hechos o actos que la constituyen.

"La jurisprudencia ha entendido que el lapso de diez años durante el cual deben ejecutarse los actos presuntivos es como un período de prueba de la misma presunción, que la estabiliza y le dá un carácter indudable, y no encuentra racional, sino absurdo, que cuando muere el hijo antes de los diez años o el padre antes de llegar el hijo a esa edad se considerara interrumpido o terminado el lapso indispensable impuesto por la ley.

"...Y si en favor de quien no gozó de la posesión del estado de hijo durante diez años por haber muerto el padre antes de los diez años, jurisprudencialmente se perdona este requisito del tiempo, es porque se negaría sin razón un derecho, aceptándose como válido una condición legal imposible. Pero idéntica razón milita en favor del hijo cuyo padre fallecido reconociéndolo, sin alcanzar a cumplir diez años ese reconocimiento". Por lo cual, concluye el recurrente, el Tribunal sentenciador violó, por interpretación errónea, el artículo 398 del C. C., al negar la declaración de hija natural de la demandante, por no haber alcanzado a diez años la notoria posesión que le otorgara su padre Gustavo Pinzón.

La sentencia infringió asimismo y por modo directo el artículo 63 de la ley 153 de 1887, al pretender que Gustavo Pinzón hubiera llevado a Dora a vivir con él durante los primeros años de su vida, para mediante los cuidados naturales conferirle la posesión notoria de hija natural, cuando aquel precepto establece que corresponde a la madre natural cuidar personalmente de los hijos menores de cinco años, y de los hijos de toda edad.

El sentenciador incurrió además, en errónea apreciación de las pruebas, que lo condujeron a violar los artículos 63 de la ley 153 de 1887, 4º y 7º de la ley 45 de 1936 y 398 del C. C., así:

a) Porque aceptó como presunción legal de paternidad, respecto de Julio E. Pinzón, el hecho de que éste hubiera mantenido relaciones sexuales permanentes y notorias con Gabrielina Valenzuela, cuando aparece comprobado que durante ese mismo tiempo, la madre fue infiel al concubino, y mantuvo también relaciones con Gustavo; y

b) Porque le dio igual valor al hecho de que Julio E. Pinzón hubiera mantenido consigo a Dora, dándole un aparente trato de hija natural, sin tener en cuenta que ese estado fue voluntaria y espontáneamente interrumpido por aquél; y que obligada legalmente la madre a cuidar de la hija, el hecho de que ésta conviviera con el concubino de la madre, no implicaba un estado de posesión notoria respecto de Julio E. Pinzón.

La Sala considera:

Primero.—La posesión notoria del estado de hijo natural —dice el art. 6º de la ley 45 de 1936— consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo ha-

yan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento"; y el artículo 398 del C. C., que por lo dispuesto en el 7º de la citada ley es aplicable al caso de la filiación natural establece: "Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años continuos por lo menos".

El texto clarísimo de estas disposiciones demuestra, como lo tiene admitido la jurisprudencia, que "no basta... dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo y la fama, para tener por establecido el estado civil de que se trata; se requiere, además, establecer (sic) con el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años continuos por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que puede formarse de manera aceptable, la fama pública..." (Sentencia de 21 de agosto de 1942). Por ello no es aceptable la tesis sostenida por el recurrente de que, el término de diez años señalado como mínimum para la duración de los actos constitutivos pueda reducirse, cuando físicamente se hizo imposible el transcurso de aquél, y menos aún para casos en que, como el de que aquí se trata, ese defecto obedeció a la simple consideración de no haberlos querido ejecutar el pretendido padre en la oportunidad debida: "Cuando el sentido de la ley sea claro, dice el artículo 27 del C. C., no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"; y es claro que al señalar el artículo 398 un término de diez años continuos por lo menos, para que la posesión notoria proceda como prueba legal de un estado civil, no cabe leerse y entenderse que en alguna circunstancia, ese término pueda ser menor.

Otra cosa es, que en concepto de conocidos expositores, el principio así definido, merezca desde el punto de vista legislativo, determinadas modificaciones que permitan aplicarlo a esos casos en que físicamente no ha sido posible el transcurso del término señalado, como exactamente lo observan, Champeau y Uribe, cuando dicen: "Esta regla, dados sus términos tan absolutos, no nos parece justificable: de ella resulta que si los padres mueren cuando el hijo tiene sólo nueve años, éste no podrá probar su calidad de hijo legítimo por medio de la posesión de estado, a fin de reclamar su herencia. En tal materia, y ya que el artículo 399 es riguroso acerca de la clase de testimonios admisibles, debería dejarse al Juez completa libertad de apreciación". Pero en ningún caso, que frente al texto consagrado del precepto pueda llegarse a semejante conclusión, que en el fondo implicaría la facultad de interpretar la ley para violarla.

Segundo.—El hecho de que el Tribunal considerara como medio adecuado a la comprobación de la notoria posesión del estado civil, que el presunto padre hubiera tenido consigo a la niña durante sus primeros años, no implica un desconocimiento de la obligación de cuidar que a la madre corresponde, conforme a lo establecido por el artículo 63 de la ley 153 de 1887; como tampoco podrían determinar la negación de aquellos deberes, los cuidados y atenciones que diez años después de su nacimiento vino a prodigarle el pretendido padre, y que dentro de este juicio le han servido a la actora para pretender el reconocimiento por notoria posesión del estado de hija natural. Ni menos aún podría invocarse esa consideración para justificar la conducta indiferente de Gustavo Pinzón respecto de la menor durante los diez primeros años de su vida, cuando la verdad es que, por hallarse la madre en estado de público concubinato con otro hombre, tenía el verdadero padre no sólo el derecho, sino la más estricta obligación, de sacar a la hija de su lado y llevársela consigo, como exactamente lo previene la segunda parte del artículo 63 que el recurrente estima quebrantado, cuando dice: "Sin embargo, no se le confiará el cuidado de los hijos de cualquier edad, o sexo cuando por la depravación de la madre sea de temer que se pervierta. En este caso, o en el de hallarse inhabilitada por otra causa, podrá confiarse el cuidado personal de todos los hijos al padre que los haya reconocido en forma legal".

Tercero. — La apreciación que el Tribunal hizo respecto de los hechos de que Julio E. Pinzón hubiera cuidado de la niña Dora durante los tres primeros años de su edad en que maritalmente estuvo conviviendo con la madre, y de que siete años después de concluídas esas relaciones se la llevara Gustavo al lado suyo, no se dirige, como equivocadamente lo sostiene el actor en el recurso, a fundar un estado preferente de paternidad del primero en relación con el segundo, sino a evidenciar la incertidumbre de juicio a que conduce aquella situación contradictoria y equívoca, respecto del estado concreto de filiación que se ventila, y que, desde luego, corrobora la imposibilidad legal de declararlo. Por ello, el cargo de errónea interpretación de la prueba que en el particular hace la sentencia, es infundado.

A 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 (4) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en este juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo.

Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE SIMULACION — CAUSAL SEGUNDA DE CASACION — CUANDO EL FALLO RECURRIDO SE APOYA SOBRE VARIAS PRUEBAS, NO BASTA ACUSAR POR ERRONEA APRECIACION DE ALGUNAS, SINO QUE ES NECESARIO ATACARLO POR ERROR EN LA APRECIA-CION DE TODAS LAS PRUEBAS, PARA QUE EL CARGO SEA VIABLE SIQUIERA FORMALMENTE — LAS PARTES CARECEN DE INTERES PARA DEMANDAR EN CASACION UNA SENTENCIA EN LO QUE LES ES FAVORABLE — EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION

1.—La causal segunda de casación es meramente formal, y no tiene cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda, o cuando no ha desatado uno de los puntos de la controversia, o cuando condena en más de lo pedido o deja de fallar sobre alguna de las excepciones oportunamente deducidas. Así lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia.

2.—El fallo deduce la simulación del contrato sub-judice de un conjunto de elementos probatorios como son la existencia de "un principio de prueba por escrito", de sendas confesiones de las partes, contenidas tanto en la demanda y contrademanda como en los alegatos, y de los indicios que cita, y el recurrente apenas acusa porque se incurrió en error en la apreciación de la contrademanda, cuando era su deber, para que el cargo fuera siquiera formalmente eficaz, comprender en el ataque todas las pruebas utilizadas por el sentenciador para formar su convicción. Así lo ha dicho la Corte en constante jurisprudencia, como puede verse, entre otras, de las sentencias de 19 de octubre de 1949 y 7 de marzo de 1951 (G. J., Tomo LXVI, pág. 635 y Tomo LXIX, pág. 332, respectivamente).

3.—Una parte carece de interés para combatir en casación una sentencia que accedió a lo que ella misma demandó de la justicia al trabarse la controversia.

4.—El error de hecho, para que sea operante en casación, debe aparecer, tal como lo requiere el numeral 1° del artículo 520 del C. J., de modo manifiesto en los autos; es decir, en forma tal que se imponga a la mente sin el menor esfuerzo, con toda claridad y sin la menor duda, porque cuando quiera que ésta tenga cabida, no puede hablarse de un error de aquella naturaleza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Adelina Navarrete, hablando por medio de apoderado, propuso ante el Juez Civil del Circuito de Zipaquirá juicio ordinario contra Eloísa Fonseca Navarrete para que se hagan las siguientes declaraciones:

"*Primera.*—Que por no ser real, esto es, por ser simulado, carece de eficacia y de efecto legal alguno, el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número trescientos setenta, de veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y siete, de la Notaría de Zipaquirá, registrado como aparece de la copia presentada, hoy por medio del cual Adelina Navarrete dijo vender a Eloísa Fonseca Navarrete los bienes raíces y derechos hereniales determinados en dicho instrumento.

"*Segunda.*—Que en todo caso es simulado el contrato de compraventa contenido en la mencionada escritura pública número tescientos setenta (370) de veintiocho (28) de mayo de mil novecientos cuarente y siete de la Notaría de Zipaquirá, contentivo del contrato de compraventa por medio del cual Adelina Navarrete dijo vender a Eloísa Fonseca Navarrete, los bienes y derechos en dicho instrumento relacionados.

"*Tercera.*—Que en realidad de verdad, el contrato que la referida escritura trescientos setenta (370) contiene, por las circunstancias en que fué suscrita, no constituye una venta sino una donación gratuita, hecha por la persona que aparece como vendedora, a favor de la persona que en tal instrumento aparece como compradora.

"*Cuarta.*—Que como consecuencia de la anterior, o de las anteriores declaraciones, se declara que la donación en dicha escritura contenida, está viciada de nulidad absoluta y por ende carece de valor y eficacia jurídica alguna entre las partes, por no haber sido precedida del requisito solemne de la formalidad de la insinuación, al tenor de lo preceptuado por el artículo 1458 del C. C.

"*Quinta.*—Que como consecuencia de cualquiera o de todas las declaraciones anteriores se condene a la demandada a restituír a la demandante todos los bienes y derechos que fueron materia del contrato contenido en la citada Escritura.

"*Séptima*—Como subsidiaria de las anteriores, y con base en el hecho de no haber existido, ni precio ni voluntad de vender, ni voluntad de comprar, esto es, por tratarse de un enriquecimiento sin causa, se ordene restituír o devolver a mi poderdante Adelina Navarrete, y en contra de Eloísa Fonseca Navarrete los bienes y derechos especificados en la citada escritura Nº 370 de 28 de mayo de 1947 de la Notaría de Zipaquirá.

Como hechos de la demanda se expusieron, en resumen, los siguientes:

La demandada es sobrina de la demandante quien además se encontraba enferma el 28 de mayo de 1947, de gravedad, a tal punto que la escritura Nº 370 se otorgó en la propia alcoba de la demandante;

Al tiempo de firmarse la escritura Nº 370 manifestaron tanto la presunta vendedora como la pretendida compradora de viva voz, que el acto en ella declarado constituía en realidad una donación de la primera a favor de la segunda, y así fué tenido en cuenta por el Notario instrumental y también por el Recaudador, por lo que no hubo tal intención declarada de vender y comprar;

El deseo de las partes fué verificar una donación entre vivos;

Ni antes ni después del acto la pretendida compradora hizo entrega del precio a la sedicente vendedora;

La demandada carecía de todo medio de fortuna para la fecha del otorgamiento de la escritura, pues para entonces vivía en casa de la demandante y a su servicio, por la difícil situación en que se hallaba;

La demandada no ha hecho con posterioridad declaración de venta ni ha pagado ningún impuesto por razón de la pretendida compra;

La demandante quiso donarle a la demandada porque creyó próximo su fin pero luégo al mejorarse quiso que le devolviera aquella escritura de confianza. No se limitó el monto de la donación ni se obtuvo la insinuación para donar;

Con la celebración del contrato, la demandante se empobreció y la demandada se enriqueció, sin causa alguna; y

La demandante ha tenido hasta la fecha posesión de los bienes relacionados en la referida escritura de compraventa.

La demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas, y de los hechos sólo aceptó como ciertos el que afirma su parentesco con la actora y el que se refiere a que ésta ha continuado en la posesión de la finca en cuestión; de los restantes fueron negados unos y dijo no constarle los demás.

La demandada propuso demanda de reconvención y como para ese entonces había fallecido la actora, la dirigió contra su sucesión ilíquida, representada por el heredero Manuel Navarrete y por el doctor Eduardo Talero Guzmán, en su condición de albacea, para que en caso de prosperar alguna de las peticiones de la demanda principal, se hagan las siguientes:

"*Primera.*—Que el contrato contenido en la escritura número 370 otorgada ante el Notario de Zipaquirá el día 28 de mayo de 1947, celebrado entre Adelina Navarrete y Eloísa Fonseca, fue de una donación entre vivos.

"*Segunda.*—Que esta donación es válida en su totalidad, que si los bienes donados excedieren de la cantidad de dos mil pesos, tomando en consideración su valor en el momento de celebrarse el contrato, se declare su nulidad únicamente en cuanto al exceso, de conformidad con el artículo 1458 del C. C.

"*Tercera.*—Que si la parte demandante y contrademandada se opusiere, se le condene al pago de las costas del juicio.

"*Cuarta.*—Que lo que comprende la venta o donación, si esto último fuere lo que se hizo, es la mitad de la casa alinderada, más los derechos que a

Adelina Navarrete correspondieren como heredera de Presentación Navarrete, pues esto era lo que legítimamente tenía la vendedora o donante, según los títulos".

Trabado el juicio doble, el Juez del conocimiento lo desató en sentencia de 3 de noviembre de 1949, en que resolvió:

"*Primero.*—Declárase, igualmente, que esta donación entre vivos por la cual Adelina Navarrete favoreció a su sobrina Eloísa Fonseca Navarrete, *es válida en su primera parte*, es decir, cuando fijando la suma de dos mil pesos, le donó la mitad de la casa adquirida por la parte demandante con Presentación Navarrete por la escritura número 778 de 14 de junio de 1919 de la Notaría Cuarta de Bogotá, casa descrita y conocida, ubicada en el Municipio de Cajicá.

"*Tercero.*—Declárase, asimismo, que la donación de 'los derechos y acciones que le puedan corresponder a la donante en la sucesión de su hermana Presentación Navarrete, y vinculados en la otra mitad de la citada casa, *carece de valor*, por exceder en la suma de dos mil pesos".

Por apelación concedida a ambas partes, subió el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, el que decidió ese recurso en sentencia de 18 de agosto de 1950, en que resolvió:

"*Primero.*—Se niegan las peticiones de la demanda principal en cuanto deducen la acción declarativa de *simulación absoluta* contra el contrato expresado en la escritura pública número 370 del 28 de mayo de 1947 de la Notaría de Zipaquirá.

"*Segundo.*—Se declara la simulación del contrato aparente de compraventa expresado en la misma escritura y que el vínculo contractual verdadero que liga a los contratantes Adelina Navarrete, hoy su sucesión, y Eloísa Fonseca Navarrete, es el de una donación entre vivos, hecha por aquélla a ésta.

"*Tercero.*—Declárase que esta donación irrevocable recae sobre todos los derechos que a la fecha de aquella escritura correspondían a la donante. Adelina Navarrete, a título de comunera y además como heredera de Presentación Navarrete, vinculados al inmueble objeto del precitado contrato.

"*Cuarto.*—Declárase que esta donación es válida en cuanto no exceda de la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente.

"*Quinto.*—Declárase, por tanto, que si hubiere exceso en el valor de lo donado, Eloísa Fonseca está obligada a restituírlo a la sucesión de Adelina Navarrete, con los frutos y mejoras a que hubiere lugar según los principios legales que regulan la materia.

"*Sexto.*—Decrétese la cancelación del registro de la escritura pública número 370, otorgada en la Notaría del Circuito de Zipaquirá el 28 de mayo de 1947, verificada en la Oficina de ese mismo Circuito. Oportunamente ofíciese al respectivo Registrador para tal efecto.

"*Séptimo.* — Oportunamente inscríbase esta sentencia en esa misma Oficina.

"*Octavo.*—Sin costas en ninguna de las dos instancias.

"En los términos anteriores se *adiciona* y *reforma* la sentencia apelada".

A la parte demandada se le concedió el recurso de casación, que hoy se procede a decidir.

El recurrente aduce las causales primera y segunda del artículo 520 del Código Judicial.

Con respecto a la última expresa lo siguiente:

Que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por cuanto decretó la nulidad de una donación en el excedente de dos mil pesos ($ 2.000.00), sin que en el juicio se hubiese producido la prueba idónea que demostrase que se había incurrido en el motivo de nulidad previsto en el artículo 1458 del C. C.; es decir, porque dedujo una condenación no fundamentada en la oportuna demostración procesal del hecho que le daría origen.

Se considera:

La causal segunda de casación es —como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia— meramente formal y no tiene cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda, o cuando no ha desatado uno de los puntos sobre que versa la controversia, o cuando condena en más de lo pedido o deja de fallar sobre alguna de las excepciones oportunamente deducidas. Salta a la vista que en ninguno de esos casos encajan las argumentaciones del recurrente, por cuyo motivo resulta obvia la improcedencia de la causal alegada.

Se rechaza el cargo.

Apoyándose en la causal primera, propone los cargos que en seguida se resumen y estudian:

Primero.—Dice el recurrente que el sentenciador incurrió en errores de hecho y de derecho al apreciar "la contrademanda y los alegatos presentados" y dar por demostrado que Eloísa Fonseca confesó la existencia de la simulación del contrato a que se refiere el pleito, y que a consecuencia de esos errores violó los artículos 604, 606, 609 del Código Judicial, 1759, 1766 del Código Civil y 91 de la Ley 153 de 1887.

Al fundamentar el cargo expresa lo que a su juicio debe entenderse legalmente como confesión y que como se ve de la contrademanda en ésta se solicita "en el supuesto caso de que prosperara alguna de las peticiones de la demanda" que "entonces se reconozca como mal menor, que existió una simulación que envolvía una donación entre vivos"; que esto no entraña una confesión, porque es condicional y no se admite que sea cierta la simulación, sino que es una hipótesis del pleito, para el caso de que ella llegare a demostrarse; que así se ve el hecho cuarto de la contrademanda, y que por tales motivos el Tribunal incurrió en error manifiesto al apreciar la contrademanda, teniéndola como confesión cuando no es tal jurídicamente.

Se considera:

Tomando en cuenta que el presente pleito se ha trabado entre las partes que celebraron el contrato que consta en la escritura Nº 370 de 28 de mayo de 1947, estimó el Tribunal que "la prueba de la simulación debe hacerse mediante prueba escrita de la voluntad contractual oculta (contraescritura), o bien por medio de un principio de prueba por escrito complementado por testimonios, indicios, o por la confesión del simulante" y aplicando esos principios al caso de autos, para dar por demostrada la simulación relativa controvertida, dijo:

"Pues bien; en el proceso no existe la contraestipulación privada o secreta prevista por el artículo 1766 del Código Civil. Pero sí existe un *principio de prueba por escrito* de la simulación relativa, procedente de la contrademandada Adelina Navarrete, y existe también la confesión judicial de ambas partes, contenida en los respectivos escritos de demanda y contrademanda, y alegatos, sobre que en la escritura número 370 de 28 de mayo de 1947 se contiene una *donación* entre vivos disfrazada de venta, confesiones mutuas de las partes simulantes cuya sinceridad se corrobora con el indicio probado referente a la retención de la posesión material del inmueble por la vendedora aparente, después del contrato, y con el indicio alegado en la demanda y aceptado por las partes relativo al parentesco existente (tía y sobrina) entre la donante y la donataria".

Enfrentando esas razones del Tribunal con la acusación que antes se condensó, salta a la vista la notoria ineficacia de ésta como cargo de casación, pues el fallo deduce la simulación del contrato *sub judice* de un conjunto de elementos probatorios, como son la existencia "de un principio de prueba por escrito", de sendas confesiones de las partes, contenidas tanto en la demanda y contrademanda como en los alegatos, y de los indicios que cita, y el recurrente apenas acusa porque se incurrió en error en la apreciación de la contrademanda, cuando era su deber, para que el cargo fuera siquiera formalmente eficaz, comprender en el ataque todas las pruebas utilizadas por el sentenciador para formar su convicción. Así lo ha dicho la Corte en constante jurisprudencia, como puede verse, entre otras, de las sentencias de 19 de octubre de 1949 y 7 de marzo de 1951, Tomos LXVI y LXIX, págs. 635 y 332, respectivamente.

Se rechaza el cargo.

Segundo.—Sostiene el recurrente que "el Tribunal incurrió en evidente error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, o en subsidio en error de derecho que igualmente está de manifiesto, al declarar la nulidad de la donación en cuanto excediera de dos mil pesos, sin que en el juicio se hubiera demostrado que los bienes donados valían más de esa cantidad, y por tanto quebrantó los artículos 721, 722 y 723 del C. J., por cuanto los aplicó a un dictamen pericial que nunca se produjo, lo que ocasionó que también quebrantara el artículo 1458 del C. C."

Critica luego la decisión proferida por el Tribunal en los puntos 4º y 5º de la parte resolutiva, al declarar que la donación es válida en cuanto no exceda de dos mil pesos ($ 2.000.00) y que si hubiere exceso Eloísa Fonseca está obligada a restituírlo a la sucesión de Adelina Navarrete, pues considera que el fallo así concebido no se puede ejecutar sino mediante un nuevo juicio; que si el fallador "hubiera tenido en cuenta que uno de los ele-

mentos de la acción de nulidad de la donación, era precisamente establecer *dentro* del juicio el valor comercial de la cosa en el momento del otorgamiento de la escritura, necesariamente habría desechado la acción por falta de demostración, y habría absuelto a la demandada".

Se considera:

La sentencia recurrida decidió tanto la acción principal como la contrademanda. En aquélla se pidió, entre otras cosas, que se declarara que la donación es absolutamente nula, por haberse prescindido del requisito de la insinuación (súplica 4ª), y fue el recurrente en la contrademanda quien solicitó en la petición segunda, que se declarara que esa donación "es válida en su totalidad" y que tomando en consideración su valor en el momento de celebrar el contrato, se declare su nulidad únicamente en cuanto al exceso, de conformidad con el artículo 1458 del C. C."

La sentencia, pues, no accedió a la petición del acto principal sobre nulidad de la donación y en cambio, decretó lo que le pedía la contrademandante. Luego es obvio, que ésta carece de interés para combatir en casación lo que ella misma demandó de la justicia al trabarse la doble controversia.

Sin necesidad de entrar en otras consideraciones, lo dicho es suficiente para rechazar, como se rechaza, el cargo.

Tercero.—Aquí se afirma que el Tribunal quebrantó el artículo 209 del C. J., por cuanto interpretó mal la demanda, al entender que las súplicas sobre simulación relativa se propusieron como subsidiarias de la petición principal sobre simulación absoluta, cuando en realidad todas las peticiones se formularon como principales, y por cuanto no declaró la excepción de modo indebido al haberse acumulado en la misma demanda dos acciones —la de simulación absoluta y la relativa— que son incompatibles entre sí, como el Tribunal lo acepta.

Se considera:

El error de hecho para que sea operante en casación debe aparecer, tal como lo requiere el numeral 1º del artículo 520 del C. J. de modo manifiesto en los autos; es decir, en forma tal que se imponga a la mente sin el menor esfuerzo, con toda claridad y sin la menor duda, porque cuandoquiera que ésta tenga cabida, no puede hablarse de un error de aquella naturaleza. Tal ha sido por lo demás, la jurisprudencia que siempre ha sostenido la Corte. Y en el caso de autos al sentenciador no puede imputársele una equivocación de aquella magnitud en su transcrita apreciación de la demanda.

En efecto: Las peticiones primera y séptima tomadas aisladamente pueden ser entendidas como una acción declarativa de simulación absoluta, desde luego que en ellas se solicita que se declare que por ser simulado carece de eficacia y efecto legal alguno el contrato de compraventa y que en consecuencia se decrete la restitución de todos los bienes que fueron materia de él. Es decir, se aspira a que quede sin ningún efecto el contrato aparente; a que se destruya éste en su integridad; a que no surta efecto alguno en lo atinente al dominio de los bienes.

Las peticiones segunda y tercera en verdad envuelven una acción de simulación relativa, pues que por ellas se demanda que se declare que no hubo tal venta y que en realidad el contrato no fue sino de donación.

Tampoco se descubre error manifiesto en que el Tribunal hubiera interpretado la demanda en el sentido de considerar las súplicas segunda y tercera como subsidiarias de la primera y séptima, pues ante las deficiencias y redundancias de que aquélla adolece, bien pudo entender el sentenciador que las primeras fueron propuestas en forma eventual y subsidiaria, para el caso de que las últimas hubieran sido desestimadas, pues el actor después de haber solicitado lo que rezan la primera y la séptima, comienza la redacción de la segunda pidiendo que "en todo caso" se declare que es relativamente simulado el contrato, lo que puede ser interpretado así: si no se declara la simulación absoluta, pido "en todo caso" se reconozca la relativa; lo cual en el fondo, equivale a que la acumulación tome la forma de eventual o subsidiaria, cosa que es permitida por el artículo 209 del C. J., aún tratándose de dos remedios contrarios entre sí.

Por último, si la Corte con criterio de sentenciador de instancia hubiere tenido que apreciar la demanda, le parece que lo más indicado es entenderla en conjunto como una sola acción de simulación relativa, pues en sus hechos fundamentales se expresa perentoriamente que "el deseo tanto de la vendedora como de la compradora fue hacer una donación entre vivos" y en ninguno de ellos se plantea la cuestión de simulación absoluta. Y si en la súplica séptima se pide el reintegro de todos los bienes que fueron materia del contrato, es porque en la cuarta se solicita que se declare que la do-

nación "está viciada de nulidad absoluta y por ende carece de valor y eficacia jurídica alguna entre las partes". Es decir, que la restitución se demanda como consecuencia de la nulidad absoluta de la donación y no por razón de que el contrato fuera integralmente simulado.

En esas condiciones, aunque resultaran parcialmente erradas las apreciaciones del Tribunal, el error no tendría incidencia alguna en la sentencia, pues ésta recayó sobre una acción de simulación relativa, que es la propuesta en la demanda.

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 18 de agosto de 1950, proferida en este negocio por el Tribunal Superior de Bogotá.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente a la oficina de procedencia.

Gerardo Arias Mejía.—Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario

LA APRECIACION DE LA PRUEBA POR EL TRIBUNAL NO PUEDE SER IMPUGNADA CON EXITO EN CASACION, SI EL ATAQUE DE QUE ES OBJETO SE RESTRINGE AL CRITERIO QUE EL SENTENCIADOR DE SEGUNDA INSTANCIA SE HAYA FORMADO CON RELACION A ALGUNOS ELEMENTOS PROBATORIOS APORTADOS AL LITIGIO. — AUNQUE LAS OPOSICIONES A LA ADJUDICACION DE UN BALDIO SE SUSTANCIAN POR LA VIA ORDINARIA, NO SE TRATA DE UN JUICIO ORDINARIO INDEPENDIENTE DE LA ACTUACION ADMINISTRATIVA; Y, POR CONSIGUIENTE, EL ESCRITO QUE CONTIENE LA OPOSICION, NO ES NECESARIO QUE SE AJUSTE ESTRICTAMENTE A LOS TERMINOS DE LOS ARTICULOS 205, 737 Y 222 DEL CODIGO JUDICIAL

1.—Difieren sentenciador y recurrente en cuanto al criterio de apreciación de la prueba, empleado por el uno en la decisión, y por el otro en su ataque. El primero acoge el autorizado por la doctrina y la jurisprudencia, consistente en el sistema de enlace entre los diversos elementos probatorios, considerando a la inspección ocular y a su correspondiente dictamen pericial, dado el carácter de pruebas concurrentes que tienen, como medios principales, más adecuados, para conseguir el fin perseguido en el juicio: establecer la identidad del predio solicitado en adjudicación como baldío, por Mejía, con el que es objeto de la oposición de Salazar García, como dueño.

Así, la apreciación de las pruebas por el Tribunal, es el resultado de la suma y combinación de los diversos elementos probatorios. En cambio, el recurrente adopta, para atacar la apreciación de aquél, el sistema de aislamiento de cada prueba, tratando de hacerlas actuar por sí solas, con prescindencia del enlace o combinación formado por el sentenciador. De ahí, lo distinto de sus conclusiones; de donde dedúcese una simple disparidad de criterios, sin que ello evidencie como errores de hecho manifiestos, los alegados por el recurrente en la apreciación de la prueba, porque, con la adopción de aquel sistema por el sentenciador, no se contraría la realidad procesal.

Así las cosas, la apreciación de la prueba por el Tribunal de Buga, para llegar a la concreta conclusión en el terreno de los hechos, de la identificación del predio motivo del pleito, no puede ser impugnada con éxito, si el ataque de que es objeto se restringe, como acontece en el presente caso, al criterio que con relación a algunos elementos probatorios aportados al litigio, se haya formado el Tribunal.

2.—El dictamen de los peritos, cuando él es explicado, uniforme y debidamente fundamentado, hace plena prueba, sin que se requiera para el valor de esa probanza la determinación de la cabida del fundo, cuando los límites de éste son naturales.

3.—A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.), pero, en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el Juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el primero o por el últimamente practicado, por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos si llega a estimar que carecen de debida fundamentación. Doctrina aplicable o que se extiende a la prueba de inspección ocular, en su caso.

4.—En los juicios sobre adjudicación de terrenos considerados como baldíos, con las oposiciones acontece algo parecido a lo que ocurre en los de cuenta, con las objeciones, que hay que distinguir dos fases: en el de cuentas, la primera comprende la obligación

de rendirlas, y la segunda, las objeciones que pueden formularse a las rendidas, las cuales son motivo de una actuación que se adelanta por los trámites de la vía ordinaria, cuando no gozan del asentimiento del obligado a rendirlas; en el de adjudicación de terrenos baldíos, la primera fase se refiere a la actuación administrativa, y se gobierna por los trámites señalados en el Código Fiscal, la Ley 97 de 1946 y concordantes; y la segunda, a las oposiciones que puedan formularse a la solicitud de adjudicación, las cuales son objeto de una actuación que se adelanta por los trámites de la vía ordinaria; pero, dada la conexidad de ellas, vienen a constituir una unidad procesal, por cuanto la resolución que concede o no la adjudicación, pende del éxito o fracaso de la que decide la respectiva oposición. Declarada infundada ésta, el negocio regresa a la autoridad administrativa, para que continúen los trámites hasta la expedición del Decreto que concede o niega la adjudicación pedida; y en el caso de declararse fundada la oposición, es obvio que finaliza allí la actuación, por haberse demostrado la improcedencia de ella, o sea, el mejor derecho del opositor.

Es verdad que las oposiciones se sustancian por los trámites de la vía ordinaria, pero no es que se trate de un juicio ordinario independiente, pues no hay propiamente demanda ni contestación, en la forma que lo prevé el Código Judicial para éste, Quien formula una oposición de esta naturaleza, la cuestión primordial y única que plantea, es la de que el presunto adjudicatario "carece de derecho para aspirar a la adjudicación pedida, porque existe otro en cabeza de él, que lo destruye". De ahí que el artículo 79 del Código Fiscal hable de que "las controversias entre colonos y adjudicatarios, o entre aquéllos o éstos, con terceros que reclaman dominio sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, se deciden judicialmente, por la vía ordinaria", y que los cultivadores o los colonos se deben considerar como poseedores.

Obsérvese cómo el precepto citado fija dos situaciones distintas: la de los colonos y cultivadores, a quienes no se les ha hecho todavía adjudicación del terreno que ocupan como tales; y la del adjudicatario propiamente dicho, que tiene expedido a su favor el respectivo decreto de adjudicación. Esto es, que en el primer caso tiene lugar propiamente la oposición a la solicitud de adjudicación, y entonces el escrito que a aquélla contiene, no es necesario que se ajuste estrictamente a los términos de los artículos 205, 737 y 222 del C. J., sino que basta que en él se ponga de presente la cuestión principal de la oposición, de que ya se ha hablado antes. En el segundo, la situación es distinta, porque el decreto de adjudicación le sirve al adjudicatario como título traslaticio de propiedad, y quien pretende discutírselo, está en la obligación de promover un juicio ordinario independiente de la actuación administrativa, por hallarse agotada ésta con la resolución definitiva de adjudicación, y que debe ajustarse a todas las reglas que tutelan esta clase de demandas.

Esto, porque cuando el artículo 65 del Código Fiscal establece que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, "de acuerdo con lo dispuesto en este Código", quiere solamente significar que el cultivo y la ocupación le dan al cultivador o colono un derecho a que se le adjudique el lote, de conformidad con el procedimiento detallado en el artículo 79 y ss. del Código, en la Ley 97 de 1946 y demás concordantes. De suerte que ese derecho personal ha menester, para convertirse en derecho "in re", de título otorgado por la autoridad competente.

5.—El aspecto vinculado con la legalidad del fallo o la juridicidad de sus fundamentos, es constitutivo de una causal diferente de la segunda; es en la primera en donde están previstas las violaciones de la ley sustantiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes

El señor Luis Mejía, solicitó en adjudicación por conducto de la Alcaldía Municipal de Andalucía, en uso del derecho que confiere la ley 97 de 1946, del Ministerio de la Economía Nacional, el lote de te-

rreno denominado "El Descanso", de una extensión superficiaria aproximada de cuarenta hectáreas, en el cual se halla establecido "con casa de habitación y cultivos de café, plátano, pastos artificiales, yuca y algo de monte", desde hace veinte años, alindado así:

"Norte, predio de Manuel Lenis; oriente, el río Bugalagrande; Sur, mejoras de Andrés Jaramillo, y Occidente, mejoras de José García e Hipólito Cardona".

El Alcalde Municipal de Andalucía, dio curso a la petición y practicó las diligencias de que trata el artículo 2º de la ley 97 de 1946: la inspección ocular y la fijación del negocio en lista por el término allí previsto. En el acto de la diligencia de inspección ocular se opuso el señor Antonio Naranjo a la solicitud de adjudicación.

Vencido el término de la fijación en lista y en cumplimiento del artículo 3º de la ley 97 de 1946, el Alcalde remitió la actuación al Ministerio de la Economía Nacional, para los efectos allí indicados.

Ya en el Ministerio el expediente, el doctor Elías Salazar García, en su propio nombre, presentó escrito autenticado ante el Juez Civil Cuarto del Circuito de Cali, en el cual expresa:

"Me opongo a la adjudicación solicitada por el ciudadano *Luis Mejía,* quien pide la adjudicación como baldío de un lote de terreno de mi exclusiva propiedad. Que la propiedad es la misma lo probaré en la inspección ocular. El peticionario cambia el nombre de la finca, no la llama 'Peñitas' como fue matriculada y la llama 'El Descanso'. Y en cuanto a los linderos hizo apenas el cambio que implica la extensión de un pequeño lote en el extremo occidente, o sea en el lindero occidente o sea la quebrada de 'Cuevitas' ".

A este escrito de oposición acompañó un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, donde consta que es poseedor inscrito de la finca pretendida en adjudicación por Mejía.

La petición de Mejía continuó el curso reglamentario en el Ministerio y en lo que se refiere a los informes de carácter técnico que preceden a la decisión definitiva, tal como aparece a los folios 15 y 15 v. del cuaderno principal.

En providencia de 5 de enero de 1948, el funcionario administrativo resolvió enviar al Juzgado Civil del Circuito de Tuluá (Valle), como lo establece el artículo 5º del Decreto 547 de 1947, el negocio para que las partes hagan valer sus derechos.

El Juez Civil del Circuito de Tuluá, admitió las oposiciones y ordenó dar traslado de ellas al denunciante y presunto adjudicatario señor Luis Mejía, quien contestó rechazando aquéllas y proponiendo las excepciones de "ilegitimidad de la personería sustantiva de los actores y prescripción de la acción de oposición".

Puso fin a la actuación de primera instancia, el fallo de 11 de diciembre de 1948 del Juez Civil del Circuito de Tuluá, cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"1º Declárase que el señor Luis Mejía tiene mejor derecho a la adjudicación como baldío del lote de terreno de que trata la parte motiva de esta providencia, que los opositores Antonio Naranjo y Elías Salazar García. Sin costas".

Esta sentencia fue apelada por el opositor Salazar García, quedando ejecutoriada en cuanto hace al otro opositor Naranjo.

Cerró la segunda instancia el Tribunal de Buga con el fallo expedido el 16 de diciembre de 1949, el cual "*Declara fundada* la oposición presentada por el doctor Elías Salazar García, por las razones dichas en la parte motiva de esta providencia y se declara, en consecuencia que la solicitud del señor Luis Mejía es improcedente".

Las razones que sustentan la anterior resolución consisten: En que el apoderado de Luis Mejía, "opone la prescripción o preclusión para accionar en oposición dentro de las presentes diligencias de adjudicación de terreno baldío, alegando que, de conformidad con el artículo 2º de la ley 97 de 1946, es dentro de los diez días en que se fija el negocio en lista por la Alcaldía, que debe introducirse la oposición".

A esta alegación contesta el Tribunal que: "No han establecido claramente las leyes fiscales sobre adjudicación de baldíos un trámite que deba darse a las diligencias administrativas una vez llegadas al Juzgado o al Tribunal por virtud de oposición... De manera que el escrito de oposición simplemente dá lugar a la suspensión o interrupción al proceso administrativo sobre adjudicación, cuando resulta siquiera sumariamente justificado, pero dicho escrito no conforma el planteamiento de una controversia de trámite determinado ante los Jueces. Según la expresión legal, el escrito de oposición, caso de ser admisible, no tiene por lo pronto otra finalidad ni otro resultado que el envío de las diligencias ante la justicia ordinaria, para que las partes hagan valer sus derechos".

Que por estos motivos, por falta de una "tramitación normativa en estas diligencias" debe buscarse la analogía autorizada por el artículo 8º de la ley 153 de 1887". Como procedimiento que podría adoptarse señala el Tribunal, para estos casos, el

indicado en el Código de Minas para la oposición al denuncio de una mina, cuando el opositor sea el demandante; esto es, "que al llegar las diligencias al Juez en virtud de oposición verbal o por escrito, debe admitirla y señalar un término prudencial para la presentación de la demanda respectiva".

"La oposición presentada por el doctor Elías Salazar García, diez días después del término señalado por el artículo 2º de la ley 97 tantas veces citada, sí presentó un principio de prueba para oponerse. Mas como al funcionario del Organo Ejecutivo es a quien le corresponde considerar la legalidad del escrito de oposición presentado ante él, el Juez lo recibe así para entrarlo a su jurisdicción y resolver no sobre la admisibilidad del escrito de oposición, sino la de averiguar si es o no fundada la oposición".

Que en el caso *sub judice*, el Juez no exigió que el opositor formalizara la demanda, sino que estimó el escrito de oposición como libelo mismo, en ejercicio del derecho de autonomía que para tal interpretación le concede la ley, que por tanto, "debe estudiarse los aspectos probatorios que han venido en los documentos allegados por las partes, porque no existe en nuestra legislación procesal un sistema rígido o sacramental que obligue al demandante a señalar en determinada parte de la demanda o con fórmulas especiales su intención, sino que basta que ella aparezca del libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda".

La sentencia en seguida estudia las pruebas aportadas al proceso, y concluye:

"Consta en los autos, que tanto el presunto adjudicatario como el opositor, presentaron varias escrituras contentivas de contratos de compraventa a favor de ellos, teniendo los del opositor una cadena más antigua, pero que, según la inspección ocular practicada, el poseedor material es el señor Mejía.

"La posesión material del señor Mejía le viene de la escritura número 626 de 3 de junio de 1947 de la Notaría de Tuluá, por la cual Pedro A. Grajales y Juan N. Flórez le transfirieron unas mejoras agrícolas en terreno baldío, mejoras que, según los otorgantes vendedores adquirieron desde 1941 por escritura número 101 de 8 de junio de la Notaría de Andalucía, sin especificar vendedor. Según esto, la posesión data del año de 1941, o sea ocho años.

"Mas como los títulos presentados por el opositor tienen una tradición de más de veintinueve años, y se ha identificado el lote pedido en adjudicación por medio de una inspección ocular y el dictamen pericial uniforme, como por declaraciones de testigos que, aunque pecan de irregularidades, refuerzan la inspección ocular, es el caso de aplicar las reglas establecidas para los juicios reivindicatorios, dando prevalencia al título más antiguo, ante una posesión material inferior. En tales condiciones, la oposición formulada por el doctor Elías Salazar García es fundada".

El recurso

Acudió en casación el demandado, y agotados los trámites reglamentarios del recurso, éste se decide.

Se impugna el fallo con apoyo en las causales primera y segunda del artículo 520 del C. J.; y acúsase de violatorio de leyes sustantivas, "así directamente como indirectamente, por varios conceptos: aplicación indebida, falta de aplicación e interpretación errónea; y hay también violaciones flagrantes de disposiciones legales sustantivas, provenientes de falta de apreciación de determinadas pruebas y de errónea apreciación de otras, infracciones éstas a las cuales fue inducido el Tribunal sentenciador con motivo de errores de derecho y evidentes de hecho en que incurrió respecto a tales pruebas".

Causal primera.—Con fundamento en esta causal, señala el recurrente tres cargos en su demanda: en primer término, cuatro errores de hecho evidentes, en los cuales afirma haber incurrido el sentenciador, "para declarar fundada la oposición presentada por el doctor Elías Salazar García", por errónea apreciación de las pruebas consistentes: "en la inspección ocular pedida por el mismo Salazar García en segunda instancia (fls. 12, 13 y 14 del cuaderno respectivo) y en las declaraciones de testigos por él aducidas (fls. 14 v. y 15, 23, 24 y 25) y dejó de apreciar las pruebas consistentes en la inspección ocular practicada por el Alcalde de Andalucía (fls. 6 v. del cuaderno principal); en el croquis presentado por los peritos y autenticado con las firmas de todo el personal de la diligencia, croquis que es el complemento legal de ésta (fl. 8); en las propias palabras de Salazar García estampadas en el escrito que ha llamado de oposición, en lo referente a linderos (fl. 10); en el certificado del Registrador presentado con el mencionado escrito (fls. 11, 12 y 13); en los informes del Ministerio de la Economía Nacional, Oficina de Ingeniería (fls. 15 y v.); en la escritura 805 de 13 de junio de 1945, presentada con el memorial de pruebas del propio Salazar Gar-

cía (fls. 1 y 3 del C. de pruebas); y en las afirmaciones que dicho señor hace en su citado memorial de pruebas (fl. 3)". En segundo, los de violación de los artículos 2º de la Ley 97 de 1946 y 79 del C. J.

Para demostrar los errores de hecho alegados, estúdiase y analízase, intensa y detalladamente, en la demanda de casación, todas y cada una de las pruebas aportadas al juicio, por las partes, para deducirse que, el sentenciador vio demostrada la identidad entre el lote "El Descanso", pedido en adjudicación por Mejía y el denominado "Peñitas", indicado por Salazar García, como de su propiedad, cuando esas probanzas conducen a demostrar que se trata de dos predios distintos.

Los diversos aspectos del cargo, resúmelos el recurrente así:

"Quedan de esta manera plenamente demostrados los errores protuberantes de hecho en que incurrió el Tribunal sentenciador, por errónea apreciación unas veces y falta de ella otras, de las pruebas que obran en el expediente. Estos errores lo indujeron a declarar "fundada —dice la sentencia— a la oposición presentada por el doctor Elías Salazar García, por las razones dichas en la parte motiva de esta providencia", esto es, sobre la base de identidad de la finca a que se refieren los elementos aducidos por Salazar García, en relación con la solicitada en adjudicación por Luis Mejía; y como esa base no existe, según se ha comprobado, las declaraciones del Tribunal carecen de todo fundamento, y, lógicamente, quebrantan el derecho del señor Luis Mejía a que se le adjudique el predio "El Descanso" con la extensión y por los linderos determinados en la actuación administrativa, que ha quedado en todo su vigor y que lo acredita como cultivador y ocupante con ganados, vale decir, poseedor de la finca en el sentido material y económico del vocablo, o sea la situación que el legislador ha tenido en cuenta, precisamente, para que prospere la adjudicación de terernos baldíos".

Como disposiciones sustantivas violadas, a consecuencia de los errores de hecho, se mencionan:

"El artículo 65 del Código Fiscal, según el cual la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados. Es así que Luis Mejía ha demostrado esas circunstancias, luego tiene derecho a la propiedad del baldío adquirida por esos medios y a la adjudicación correspondiente; y como el Tribunal le negó ese derecho, violó el precepto citado. Por la misma razón violó los artículos 66, 67 y 68 del mismo Código; y, el 69 ibidem, y el inciso 1º —artículo 1º— de la ley 97 de 1946, en cuanto consagran y desarrollan la acción para hacer efectivo el derecho de adjudicación de baldíos", y Luis Mejía ejercitó su acción con la plenitud de los requisitos legales, y a pesar de ello el Tribunal le desconoció el derecho a la prosperidad de su acción, toda vez que declaró fundada una oposición ilegítima, y quebrantó las disposiciones indicadas.

Se considera:

De la transcripción de los reparos, por error de hecho, se desprende que todos ellos se dirigen a negar la identificación del predio discutido, que el Tribunal de Buga estimó como demostrada con todo el haz probatorio aportado a los autos. Difieren, pues, sentenciador y recurrente, en cuanto al criterio de apreciación de la prueba, empleado por el uno en la decisión, y por el otro, en su ataque. El primero, acoge el autorizado por la doctrina y la jurisprudencia, consistente en el sistema de enlace entre los diversos elementos probatorios, considerando a la inspección ocular y a su correspondiente dictamen pericial, dado el carácter de pruebas concurrentes que tienen, como medios principales, más adecuados, para conseguir el fin perseguido en el juicio: establecer la identidad del predio solicitado en adjudicación como baldío, por Mejía, con el que es objeto de la oposición de Salazar García, como dueño.

Así, la apreciación de las pruebas por el Tribunal, es el resultado de la suma y combinación de los diversos elementos probatorios. En cambio, el recurrente adopta, para atacar la apreciación de aquél, el sistema de aislamiento de cada prueba, tratando de hacerlas actuar por sí solas, con prescindencia del enlace o combinación formado por el sentenciador. De ahí, lo distinto de sus conclusiones; de donde dedúcese una simple disparidad de criterios, sin que ello evidencie como errores de hecho manifiestos, los alegados por el recurrente en la apreciación de la prueba, porque, con la adopción de aquel sistema por el sentenciador, no contraría la realidad procesal.

Así las cosas, la apreciación de la prueba por el Tribunal de Buga, para llegar a la concreta conclusión en el terreno de los hechos, de la identificación del predio motivo del pleito, no puede ser impugnada con éxito, si el ataque de que es objeto se restringe, como acontece en el presente caso, al criterio que con relación a algunos elementos probatorios aportados al litigio, se haya formado el Tribunal. Más, si la apreciación de éste, abarca, en realidad, toda la prueba suministrada por las partes, sin prescindir del mérito de ningún elemen-

to, que, de no haberse tenido en cuenta, forzosamente habría inclinado la decisión judicial en opuesto sentido del pronunciado. Esto es, que el criterio del sentenciador, estuvo inspirado en un estudio de graduación de toda la prueba, que contribuyó a integrarlo todo el aporte probatorio y no únicamente parte del mismo.

La convicción de estar demostrada la identidad del lote pedido en adjudicación, por Mejía como baldío, con el que reclama el opositor Salazar García como de su propiedad, se la formó, en el caso *sub-judice*, el Tribunal, por medio de la concurrencia de todas las probanzas que actuaron como elementos de juicio; pero, primordialmente, por la inspección ocular, propiamente dicha y el dictamen pericial, practicados en la segunda instancia, complementados con la prueba testimonial y la documental, sin exclusión de elemento alguno de los que figuran en los autos, que tenga relación con el hecho de la identificación, y la virtud de quebrantar la vida de la sentencia, la caída de uno siquiera de los pilares que la sostienen: la inspección ocular y el dictamen de los peritos.

Por otra parte, los reparos formulados contra la inspección ocular y el dictamen de los expertos, pruebas claves en el hecho de la identificación, por constituir el eje en torno del cual, atendida su calidad, giran las restantes complementarias (*a prima facie*) sugieren la observación de que el criterio circunstancial de apreciación de aquellas pruebas, usado por el recurrente, no consulta el objetivo y naturaleza de la casación respecto del análisis de la prueba, "que en tesis general corresponde exclusivamente a los sentenciadores de instancia". Porque, los detalles accidentales sobre que versan las tachas a dichas diligencias, y aún los referentes a los de las declaraciones, "son cosas de la libre apreciación de los Jueces". Y porque, los que podrían estimarse como ataques de fondo, como serían: la falta de determinación de la verdadera cabida del predio por los peritos, la diferencia existente entre ésta con la fijada en la inspección ocular practicada en la actuación administrativa y la fijación precisa del lindero occidental, la jurisprudencia tiene establecido que:

"El dictamen de los peritos, cuando él es explicado, uniforme y debidamente fundamentado, hace plena prueba, sin que se requiera para el valor de esa probanza la determinación precisa de la cabida del fundo, cuando los límites de éste son naturales.

"A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.) pero, en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor, el Juzgador no queda legalmente obligado a decidirse por el primero o por el últimamente practicado, por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadero y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos si llega a estimar que carecen de debida fundamentación". Doctrina aplicable, o que se extiende, a la prueba de inspección ocular, en su caso.

Cabe observar también, que la inspección ocular y el dictamen de los peritos, practicados en la actuación administrativa, lo fueron sin la intervención del opositor; en cambio, las diligencias practicadas en la segunda instancia, con la intervención directa del Tribunal, lo fueron con audiencia y citación de todos los interesados, como consta en el acta respectiva.

Todo lo cual significa, que los errores de hecho alegados por el recurrente, como manifiestos en los autos, no tienen tal carácter, y por tanto, son inhábiles para invalidar el fallo recurrido.

2º *Cargos de violación de los artículos* 2º *de la Ley* 97 *de* 1946, *en relación con el artículo* 65 *y otros del Código Fiscal Nacional; y* 79 *del Código Fiscal en relación con algunas disposiciones sustantivas del Código Judicial.*

Después de reproducir el recurrente el texto del artículo 2º de la ley 97 de 1946, sostiene que esta norma: "consagra un derecho sustantivo cual es el de que cualquiera persona pueda oponerse a la adjudicación de un terreno baldío"; derecho que está condicionado: al término que la misma ley señala para su ejercicio, y a la presentación de un principio de prueba que justifique la oposición. Lo que significa que sin estas condiciones ninguna persona podrá hacer oposición.

Que, "en el presente caso, el doctor Salazar García no formuló oposición en el término legal ni después de vencido, ante el funcionario competente. Sólo más tarde en el Ministerio de la Economía Nacional, dijo algo al respecto. Por tanto, en el supuesto que existiera relación entre el predio cuya adjudicación pide Luis Mejía y el que reclama Salazar García como suyo, es lo cierto que éste no se ha opuesto jurídicamente a que aquélla se haga; y como el Tribunal declaró fundada la supuesta opo-

sición, respecto del predio solicitado por Luis Mejía, violó flagrantemente el artículo 2º de la ley 97 de 1946, que establece el mencionado derecho de oponerse.

"Como consecuencia de esta violación, infringió también los artículos 65, 66 y 67 del Código Fiscal Nacional, que le dan derecho a mi representado para obtener la adjudicación del predio "El Descanso" en su calidad de cultivador y ocupante con ganados, en el concepto de que al fallar el Tribunal declarando fundada una oposición extemporánea, negó los referidos derechos.

"b) Se hace consistir este reparo en que, el Tribunal bajo la consideración de que no existía 'una tramitación normativa para los casos de controversia como la que iba a decidir', acudió al procedimiento analógico que autoriza el artículo 8º de la ley 153 de 1887, y aplicó el del Código de Minas en caso de oposición al denuncio de una mina, sin darse cuenta de la existencia del artículo 79 del Código Fiscal, que dilucida la cuestión.

Que esta disposición contiene dos cosas fundamentales: primera, que las controveresias como la que ahora se ventila, se deciden judicialmente por la vía ordinaria; y segunda, que los cultivadores o colonos se deben considerar como poseedores".

Y siendo Luis Mejía cultivador y ocupante con ganados del predio que ha solicitado en adjudicación, ostenta la calidad de poseedor de él; y, en tal virtud, el doctor Salazar García, para hacer valer cualquier derecho tocante a lo poseído por Mejía, tenía que formular demanda ordinaria contra éste en la forma prescrita por los artículos 205 y 737 y 222 del C. J.

Que el Tribunal al considerar el escrito de oposición presentado por el doctor Salazar García, sin las condiciones que se dejan anotadas y ante el Ministerio de la Economía Nacional y desatar por sentencia un juicio ordinario que carecía del "acto básico del litigio, de su fundamento jurídico cual es la demanda", quebrantó las disposiciones normativas invocadas del C. J. y por este quebranto "inducido a la transgresión de las normas sustantivas contenidas en los mencionados artículos 65, 66 y 67 del Código Fiscal, que ampara el derecho de los cultivadores y ocupantes con ganados de predios baldíos, típicamente encarnado en Luis Mejía".

Se considera:

a) La disposición del artículo 2º de la ley 97 de 1946, no tiene el carácter que el recurrente le asigna, el de ley sustantiva. En ella no se instituye un derecho principal subjetivo, sino una regla general de procedimiento, señala el que debe seguirse en la tramitación de las solicitudes que se hagan para la adjudicación de terrenos baldíos.

Pero, como el recurrente parece invocar la violación de ese precepto, como medio para llegar a la de las otras disposiciones, que cita en el reparo, aún aceptando el supuesto de éste, el derecho a oponerse allí instituído, no está consagrado a favor del presunto adjudicatario o denunciante, sino a favor del opositor, por lo que, mal puede producirse el quebrantamiento de aquel derecho, o de la norma que lo instituye, si quien invoca la transgresión no está colocado en la situación de opositor, sino en la de presunto adjudicatario.

Olvida, además, el recurrente, que al lado del artículo 2º de la ley 97 de 1946, existe inmediato, el 3º ibidem, que prevé: "Vencido este término, se remitirá el expediente al Ministerio de la Economía Nacional para los efectos a que hubiere lugar". Efectos que no son otros, los principales, que la admisión o el rechazo de la oposición. Si se produce la primera, pasará el expediente respectivo, a la autoridad judicial competente, para decidir el fondo de ésta; si el segundo, la actuación continuará para los efectos de que por la autoridad administrativa se expida el decreto de adjudicación, o negarla si fuere el caso.

Si el Ministerio, en el presente caso, remitió el negocio a la autoridad judicial competente, Juzgado Civil del Circuito de Tuluá, para que decidiera el fondo de la oposición formulada, implícitamente la admitió y estimó propuesta en tiempo, y esa es la realidad procesal.

b) Por otra parte, en los juicios sobre adjudicación de terrenos considerados como baldíos, con las oposiciones acontece algo parecido a lo que ocurre en los de cuenta, con las objeciones, que hay que distinguir dos fases: en el de cuentas, la primera, comprende la obligación de rendirlas, y la segunda, las objeciones que puedan formularse a las rendidas, las cuales son motivo de una actuación que se adelanta por los trámites de la vía ordinaria, cuando no gozan del asentimiento del obligado a rendirlas; en el de adjudicación de terrenos baldíos, la primera fase se refiere a la actuación administrativa, y se gobierna por los trámites señalados en el Código Fiscal, la ley 97 de 1946 y concordantes; y la segunda, a las oposiciones que puedan formularse a la solicitud de adjudicación, las cuales son objeto de una actuación que se adelanta por los trámites de la vía ordinaria; pero dada la conexidad de ellas, vienen a constituir una

unidad procesal, por cuanto, la resolución que concede o no, la adjudicación pende del éxito o fracaso de la que decide la respectiva oposición. Declarada infundada ésta, el negocio regresa a la autoridad administrativa, para que continúen los trámites hasta la expedición del decreto que concede o niega la adjudicación pedida; y, en el caso de declararse fundada la oposición, es obvio, que finaliza allí la actuación, por haberse demostrado la improcedencia de aquélla, o sea, el mejor derecho del opositor.

Es verdad que las oposiciones se sustancian por los trámites de la vía ordinaria, pero no es que se trate de un juicio ordinario independiente, pues no hay propiamente demanda ni contestación, en la forma que lo prevé el C. J., para éste. Quien formula una oposición de esta naturaleza, la cuestión primordial y única que plantea, es la de que: el presunto adjudicatario "carece de derecho para aspirar a la adjudicación pedida, porque existe otro en cabeza de él, que lo destruye". De aquí que, el artículo 79 del Código Fiscal, hable de que, "las controversias entre los colonos y adjudicatarios, o entre aquéllos o éstos, con terceros, que reclaman dominio sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, se deciden judicialmente, por la vía ordinaria", y que los cultivadores o los colonos se deben considerar como poseedores.

Obsérvese cómo el precepto citado, fija dos situaciones distintas: la de los colonos y cultivadores, a quienes no se les ha hecho todavía adjudicación del terreno que ocupan como tales; y la del adjudicatario propiamente dicho, que tiene expedido a su favor el respectivo decreto de adjudicación. Esto es, que en el primer caso, tiene lugar propiamente la oposición a la solicitud de adjudicación; y, entonces, el escrito que a aquélla contiene, no es necesario que se ajuste estrictamente a los términos de los artículos 205, 737 y 222 del C. J., sino que basta que en él se ponga de presente, la cuestión principal de la oposición, de que ya se ha hablado antes. En el segundo, la situación es distinta, porque el decreto de adjudicación, le sirve al adjudicatario, como título traslaticio de propiedad, y quien pretenda discutírselo, está en la obligación de promover un juicio ordinario independiente de la actuación administrativa, por hallarse agotada ésta con la resolución definitiva de adjudicación, y que debe ajustarse a todas las reglas que tutelan estas clases de demanda.

Esto, porque: "Cuando el artículo 65 del Código Fiscal establece que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, "de acuerdo con lo dispuesto en este código", quiere solamente significar que, el cultivo y la ocupación le dan al cultivador o colono un derecho a que se le adjudique el lote, de conformidad con el procedimiento detallado en el artículo 79 y siguientes del Código, en la ley 97 de 1946 y demás concordantes. De suerte que ese derecho personal ha menester, para convertirse en derecho *in re* de título otorgado por la autoridad competente".

De tal manera que, tratándose en el caso de autos, de una oposición presentada dentro de la actuación administrativa, remitida por el funcionario competente para su decisión de fondo a la autoridad judicial, y conteniendo el escrito que la sustenta, la manifestación primordial de que el denunciante carece de derecho para aspirar a la adjudicación pedida, porque el opositor alega un derecho de propiedad que lo destruye, y acompañándose a ese escrito la prueba sumaria requerida por la ley, al aceptarlo el Tribunal, "como acto básico del litigio" mal pudo violar las disposiciones citadas por el recurrente, si le dio aplicación a las reglas que se han dejado expuestas.

En consecuencia, se rechazan los cargos alegados.

Cusal segunda.—Dice el recurrente: "como corolario de los dos capítulos anteriores, acuso la sentencia como violatoria de leyes sustantivas, por la segunda causal de las enumeradas en el artículo 520 del C. J.", según la cual "procede el recurso de casación, entre otros motivos, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

El desarrollo del cargo, en síntesis, es como sigue: Que la calidad de demandante asignada por la ley a quien es opositor, se la dio el Juzgador de primera instancia al doctor Salazar García, al ordenar que se tramitara el asunto por las reglas del juicio ordinario, dar traslado por diez días al presunto adjudicatario para contestar la supuesta oposición; y que como se dejó demostrado en el capítulo anterior de la demanda de casación por parte del doctor Salazar García no hubo demanda ni petición alguna de aquél, y no habiéndola, mal podía aducir fundamentos de hecho ni de derecho que la sustentaran.

Que al pasar el Tribunal por encima de toda consideración procesal, al fallar el pleito declarando fundada una oposición que no existía legalmente considerada, por falta de demanda en el contenido esencial que exigen los artículos 205, 237 y 222 del C. J., "violó estos preceptos como también el artículo 79 del Código Fiscal, por falta de aplicación;

y al proceder de ese modo el sentenciador, quebrantó —o como lo dice la Corte— rompió las normas formales consagradas en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, porque mal puede haber armonía de la parte resolutiva de la sentencia con puntos que no fueron objeto de pedimento alguno. Por tanto, el fallo fue excesivo en esta parte, puesto que recayó sobre pretensiones no deducidas". Que en virtud del quebrantamiento de las normas en cuestión, transgredió el Tribunal las que consagran el derecho de Luis Mejía, esto es, los artículos 65, 66 y 67 del Código Fiscal, que lo señalan como adjudicatario del predio baldío denominado 'El Descanso', en la jurisdicción del Municipio de Andalucía, en su carácter de cultivador y ocupante con ganados, *poseedor en una palabra*".

Que, "el apoderado de Luis Mejía, doctor Libardo E. Correa C., propuso y alegó tanto en su escrito del folio 24 y siguientes del cuaderno principal, como en su alegato de fls. 39 y 40, entre otras, la excepción de "prescripción de la acción de oposición".

El Tribunal en la parte resolutiva de la sentencia "que es la que concentra su imperio", según acertadas palabras de la Corte, no hizo ni la menor alusión a la defensa o excepción de prescripción de la acción del presunto opositor, con lo cual volvió a romper las normas formales consagradas en el artículo 471 del Código de Procedimiento Civil, por defecto u omisión, pues mal puede estar el fallo en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, si no lo hubo respecto de la excepción propuesta y alegada, que tenía la obligación de declarar probada o no probada. Así las cosas, la sentencia en cuestión quebrantó los artículos 342, 343 y 344 del C. J. citados, por falta de aplicación reincidió en la violación del artículo 471 de la misma obra, por las razones que quedan expresadas, y, como consecuencia de tales violaciones, fue inducido el Tribunal a transgredir nuevamente las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 65, 66 y 67 del Código Fiscal, tantas veces citadas, en el concepto de declarar improcedente la solicitud de Luis Mejía, a tiempo que estos preceptos le reconocen su derecho —como cultivador y ocupante con ganados del terreno a que se contrae su demanda de adjudicación— de obtener que ésta le sea hecha".

Se considera:

Dos aspectos tiene el cargo: el relativo a la inexistencia jurídica o legal de la demanda de oposición; y el concerniente a la excepción de prescripción propuesta y alegada por el apoderado del presunto adjudicatario.

El primer reparo ya había sido presentado bajo los auspicios de la causal primera, y ahora se presenta con los mismos fundamentos, bajo los de la segunda, lo que implica que él fue estudiado en su fondo al considerar aquellos cargos y además una falla técnica en su nueva formulación. "El aspecto vinculado con la legalidad del fallo o la juridicidad de sus fundamentos, es constitutivo de una causal diferente de la segunda; es en la primera en donde están previstas las violaciones de la ley sustantiva".

En cuanto al segundo aspecto del reparo, cabe observar:

Que el punto relacionado con la preclusión del término, no prescripción de la acción, para presentar la oposición, es cuestión que fue resuelta por la autoridad competente para hacerlo. El hecho de haberse remitido la actuación al Juzgado del Circuito del conocimiento, para que decidiera el fondo de la oposición, implica que la autoridad administrativa aceptó que ésta había sido presentada en tiempo oportuno, porque en otra forma, la habría rechazado por tal circunstancia y continuado la tramitación de la solicitud de adjudicación.

La actuación del Ministerio de la Economía Nacional fue ratificada por la autoridad judicial, pues ésta admitió la oposición, y la providencia que tal cosa dispuso, no fue objeto de reparo alguno, quedando así saneada la posible irregularidad formal existente en el procedimiento; posible, porque como se dijo en el estudio de los cargos anteriores, el recurrente olvidó que al lado del artículo 2º de la ley 97 de 1946, existe el 3º ibidem, que faculta al funcionario administrativo para desechar o admitir la oposición.

Pero aceptado el reparo, se llegaría a la misma conclusión de la sentencia, esto es, que el cargo no incidiría en su parte resolutiva, por las razones antes dichas, y expuestas con mayor amplitud en el estudio de los cargos de violación de los artículos 2º de la ley 97 de 1946 y 79 del Código Fiscal.

Además, la situación de si precluyó o no el término señalado por el artículo 2º de la ley 97 de 1946, fue considerada por el Tribunal. En efecto, uno de los pilares de su sentencia y que lo indujo a la revocatoria de la del inferior, fue el de que: "La oposición presentada por el doctor Elías Salazar García, diez días después del término señalado por el artículo 2º de la ley 97 tantas veces citada, sí presentó un principio de prueba para oponerse. Mas como el funcionario del Organo Ejecutivo es a quien

le corresponde considerar la legalidad del escrito de oposición presentado ante él, el Juez lo recibe así para entrarlo a su jurisdicción y resolver no sobre la admisibilidad del escrito de oposición, sino la de averiguar si es o no fundada la oposición".

Más claro: el Juzgado declaró infundada la oposición basado en la circunstancia que se viene comentando, y el Tribunal revocó esa decisión con fundamento en las razones que se dejan transcritas, y sin desconocerle a Mejía su condición de poseedor, ni los derechos que de esta calidad podrían derivarse, sólo que, estimó que había que darle "prevalencia al título más antiguo, ante una posesión material inferior", y este último fundamento de la sentencia no ha sido motivo de ataque en casación.

Por todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha 16 de diciembre de 1949. Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y en la debida oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO. — REPRESENTACION DE LAS HERENCIAS EN JUICIO. — ESTIPULACION PARA OTRO

1.—La acción de nulidad, como de naturaleza estrictamente personal, debe siempre ventilarse entre quienes fueron parte en el contrato, ya sea por modo directo, o representados por sus herederos o causahabientes a título universal, y quienes como continuadores de la persona de su causante, le sucedan en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Por esto, pues, lo esencial a la legitimación en causa de la herencia o sucesión, no es que la demanda se promueva por o contra dicha entidad, que, por carecer de personalidad moral, no es siquiera susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, ni de ser representada judicial o extrajudicialmente; sino que lo sea con audiencia de quienes tengan ciertamente la calidad de herederos.

"Precisamente —ha dicho la Corte— por no ser la sucesión persona jurídica, distinta de los herederos individualmente considerados, quienes son los sucesores de los derechos del causante y responden de sus obligaciones, es lo mismo demandar a la sucesión, representada por sus herederos, que demandar a los herederos para que respondan de las obligaciones de la herencia. La herencia es una comunidad sin géneros sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste, por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias.

2. — Para que la estipulación por o para otro pueda producir efectos respecto del beneficiario, es indispensable la aceptación expresa o tácita de éste; entre tanto, él es un simple tercero, a quien jurídicamente no puede aprovecharle ni perjudicarle: "alteri estipulari nemo potest".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil B.—Bogotá, noviembre catorce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Gualberto Rodríguez Peña)

Por medio de escritura pública número 51 de 21 de enero de 1947, otorgada en la Notaría Primera de Túquerres declaró el señor Antonio Moncayo, "que vende al señor Angel María Cifuentes Moncayo... el derecho de propiedad que el compareciente vendedor tiene en una casa construída de tapia y cubierta de teja con solar adyacente ubicada en la ciudad de Pasto, en la calle 22 número 23-34, Avenida Santander", y delimitada según allí mismo se expresa. "Presente el comprador señor Angel María Cifuentes M.,... dijo: que acepta esta escritura y la venta que por ella se le hace, con la expresa declaración de que, el inmueble que por ésta adquiere es única y exclusivamente para la señora Josefina M. de Guerrero C.... quien lo ha autorizado para verificar esta compra suministrándole los dineros de su patrimonio exclusivo, por cuya razón el comprador de conformidad con el artículo 1506 del C. C.; pide que se extienda la copia correspondiente de este instrumento a favor de su comitente...".

Doña Josefina falleció el 13 de enero de 1948, dejando como causahabiente suyo a don José Antonio Guerrero Chaves, como cónyuge sobreviviente, y a sus padres legítimos doctor Francisco de Paula Moncayo y señora Rosario Ariza Bueno de Moncayo, quienes en tal calidad fueron reconocidos como partes dentro del juicio de sucesión respectivo.

En tales circunstancias, y mediante escrito presentado al Juez Primero Civil del Circuito de Pasto el día 3 de diciembre de 1948, demandó el señor Antonino Moncayo, por conducto de apoderado, "a la señora doña Rosario Ariza Bueno de Moncayo, al señor doctor Francisco de Paula Moncayo y al se-

ñor don José Antonio Guerrero Chaves", para que, previos los trámites correspondientes al juicio ordinario de mayor cuantía, se hagan las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que es nulo, con nulidad absoluta, por simulación, el contrato contenido en la escritura pública número 51 de 21 de enero de 1947 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Túquerres por mi poderdante, señor Moncayo, y por el cual vendió a la señora doña Josefina Moncayo de Guerrero, ya fallecida, una casa situada en esta ciudad por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000).

"Segunda.—Que se cancele la inscripción de tal documento público hecha por el señor Registrador de Instrumentos Públicos el 8 de febrero de 1947 y que se encuentra al folio 70, partida número 231, tomo 1º del Libro 1º de Registro.

"Tercera.—Que se condene en costas a los demandados si se opusieren a esta acción".

Surtido el trámite de la primera instancia, el Juzgado del conocimiento decidió el juicio en sentencia de cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, declarando improcedente la demanda. Este fallo fue luego confirmado por el Tribunal Superior de Pasto, en providencia de veintiuno de septiembre de mil novecientos cincuenta, en la que se leen, como consideraciones fundamentales las siguientes:

"Tanto por razón de que se ha alegado como excepción perentoria la falta de personería sustantiva en la parte demandada, como porque aún de oficio el juzgador está en la obligación de estudiar lo referente a la constatación de los presupuestos procesales, hay que proceder al examen de esa personería, con tanta mayor razón cuanto que el fallo de primera instancia declaró probada tal excepción.

"La acción que se ejercita por el actor es la de nulidad absoluta por simulación para que se declare que el contrato contenido en la escritura pública número 51 de 21 de enero de 1947 pasada ante el Notario 1º del Circuito de Túquerres y por la cual el demandante vendió a la señora Josefina Moncayo de Guerrero un inmueble situado en esta ciudad por la suma de $ 4.000.00, es nulo con nulidad absoluta, y que en consecuencia se ordene la cancelación de la inscripción en el Registro de tal instrumento público. Desde luego se observa que no se trata de la acción de simulación absoluta con la cual suele confundirse sobre todo cuando como en el caso presente se hace alusión a ella, sino simplemente de la acción de nulidad, pues, basta leer las frases del libelo para cerciorarse que ésta es la acción ejercitada, lo que no desaparece ni puede darse por suprimido por el solo hecho de que se involucrara el concepto de simulación. En un caso muy similar al presepte, por lo menos idéntico en las declaraciones impetradas, la Corte en Casación de 6 de octubre de 1942, admitió esta tesis.

"La acción de nulidad es personal y no real, de consiguiente la petición de nulidad debe dirigirse contra la persona que haya sido parte en el acto o contrato demandado, y es entendido que si ésta ha fallecido debe endilgársela contra la sucesión representada por sus herederos a título universal. En el caso debatido tenemos que en el contrato que se ha atacado de nulidad figura como vendedor el demandante Antonio Moncayo y como compradora la señora Josefina Moncayo de Guerrero; pero como de autos consta que esta señora ha fallecido y por otra parte, tanto la sucesión como la sociedad conyugal que formara con el demandado José Antonio Guerrero Chaves no se ha liquidado, son precisamente estas entidades, la sucesión y la sociedad conyugal que forman una comunidad a la cual representan el cónyuge sobreviviente y los herederos del otro, comunidad a la que la ley le ha reconocido capacidad para ser parte y poder comparecer en juicio debidamente representada, la que debe responder de la nulidad. A este respecto la "Corte ha declarado que la sociedad conyugal una vez disuelta degenera en una comunidad, a la cual representan en caso de muerte de uno de los cónyuges o de ambos, el sobreviviente y los herederos del otro, según el caso, y no porque la sociedad conyugal sea disuelta, se extinguen sus derechos y obligaciones y que por tanto para ejercitar los unos y cumplir las otras, tiene que subsistir la sociedad en liquidación...". (GACETA JUDICIAL número 1495).

"De donde se deduce que aquí debió ser demandada esa comunidad formada por la sociedad conyugal disuelta, pero ilíquida de José Antonio Guerrero y Josefina Moncayo de Guerrero y la herencia de ésta representada por sus herederos a título universal. Pero sucede que esta comunidad no es la demandada sino que lo son directamente y no como representantes de la herencia ni de la sociedad conyugal algunas, el doctor Francisco de Paula Moncayo, la señora doña Rosario Ariza Bueno de Moncayo y el señor don José Antonio Guerrero Chaves, quienes individualmente considerados no tienen por qué responder de la nulidad que afecta a un contrato en que ellos son ajenos.

"Además, como en último término, el efecto principal que tiene la declaratoria de nulidad es de volver las cosas al mismo estado en que se hallarían

si no hubiera existido el acto o contrato nulo, lo que traducido al caso que se ventila tendría por consecuencia la restitución del inmueble objeto del contrato al patrimonio del interesado. Pero como este bien no está en el patrimonio particular de los señores demandados, mal pueden ellos restituírlo y por lo mismo la acción de nulidad contra ellos intentada carecería de objeto.

"Se argumenta por el señor apoderado de la parte demandante que de los hechos de la demanda y del derecho en que la fundamenta se deduce que ésta fue endilgada contra los demandados como representantes de la sucesión y de la sociedad conyugal de la señora Josefina Moncayo de Guerrero, porque se han agregado a los autos las partidas respectivas del estado civil y copia del auto que les reconoció ese carácter; pero este argumento no ofrece mayor consistencia jurídica, si se tiene en cuenta que ni aún dentro de un criterio de amplia interpretación de la demanda se pueda llegar al extremo de cambiar el sujeto pasivo de la acción por otro, es decir, en este caso la comunidad: sociedad conyugal disuelta pero ilíquida y la sucesión también ilíquida de la que fue Josefina Moncayo de Guerrero, por las personas particulares de los señores doctor Moncayo, Rosario de Moncayo y Guerrero Chaves, que no están ligados en forma alguna al contrato cuya nulidad se demanda. Y es que como lo ha sostenido la Corte, cuando se demanda particularmente a los herederos sin asignarles el carácter de tales y no se demanda a la entidad sociedad conyugal ilíquida o a la sucesión, por acciones que interesan únicamente a esas entidades, hay lugar a declarar la excepción perentoria de ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada.

"Pero es que hay algo más. El poder que le otorgara el demandante al doctor Moncayo Ortiz, es expreso en cuanto a conferirle únicamente la facultad para que instaure "la acción judicial correspondiente en contra de la señora Rosario Ariza Bueno de Moncayo, del doctor Francisco de Paula Moncayo y del señor José Antonio Guerrero Chaves, mayores y domiciliados en esta misma ciudad...", sin que en el mencionado poder se hiciera ni la menor alusión de que se los demanda en su carácter de herederos y de cónyuge sobreviviente, respectivamente, de la extinta Moncayo de Guerrero. Esta circunstancia esencial de que en ese mandato se prescindiera de expresar en qué calidad se los demandaba, está diciendo a las claras, de una parte, que los demandados lo son en su condición de simples particulares, y de otra, que si en el caso de que se los demandara en su condición de representantes de la mencionada comunidad sociedad conyugal y herencia tal como lo quiere el doctor Moncayo Ortiz, éste no tenía facultad de hacerlo, se abrogaba poderes que no los tenía. Todo lo cual hace concluir que a la demanda no se le puede dar otra interpretación sino la que simplemente se deduce de sus cláusulas o sea, la de que los demandados lo son en su carácter de simples particulares, que por no estar vinculados al contrato, no tienen por qué responder legalmente de la acción de nulidad".

Contra esta providencia interpuso demanda de casación la parte actora, oponiendo contra ella varias causales, de las que la Sala escoge para considerar la segunda que encuentra fundada, de conformidad con lo prevenido por el artículo 538 del C. J.

Con base en dicha causal acusa el recurrente la sentencia del Tribunal de Pasto, por manifiestos errores de hecho y de derecho en la interpretación del poder por medio del cual se promovió el juicio, y del contenido mismo de la demanda, violó el Tribunal los artículos 1008 y 1155 del C. C., que establecen el modo como una persona puede, por causa de muerte, suceder a otra, y la extensión de los derechos y obligaciones transmisibles que corresponde a los herederos, como representantes de la persona de su causante.

Erró de hecho el Tribunal, cuando entendió que el actor no había autorizado ejercitar la acción de nulidad contra quienes se dirigió, y que la demanda no se propuso contra éstos "en su carácter de herederos de Josefina Moncayo y partícipes de la sociedad conyugal ilíquida Guerrero-Moncayo" sino simplemente "como responsables personales y directos de la acción de nulidad, sin vínculo alguno con el contrato acusado, ni con la sucesión de Josefina Moncayo, ni la disuelta sociedad conyugal Guerrero-Moncayo".

Y asimismo erró de derecho, cuando al aplicar las disposiciones antes mencionadas desestimó la demanda y el poder con que se propuso, en la inteligencia de que ésta debía dirigirse "contra la herencia de Josefina Moncayo o contra la disuelta e ilíquida sociedad conyugal Guerrero-Moncayo...., cuando la ley dice que no son los bienes que quedan al morir una persona o al disolverse una sociedad conyugal, sino los causahabientes universales, quienes representan *la persona* del causante "para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles".

De esta suerte, consideró el fallador en forma im-

plícita, "que la sucesión y la sociedad conyugal disuelta e ilíquida son personas jurídicas", y con este criterio violó, por interpretación errónea, el artículo 633 del C. C.

Por último, agrega el recurrente, al estimar el Tribunal que el inmueble objeto de la litis estaba poseído por la herencia o por la sociedad conyugal ilíquida y que, por lo tanto, la restitución a que conduce la acción de dominio ejercitada debía encaminarse contra dichas entidades violó —por aplicación indebida— el artículo 952 del mismo Código, puesto que en parte alguna se demandó esa restitución que, por lo demás ninguna incidencia tiene sobre la procedencia de la acción de nulidad, que fue la ejercitada.

La Sala considera:

La acción de nulidad como de naturaleza estrictamente personal, debe siempre ventilarse entre quienes fueron parte en el contrato, ya sea por modo directo, o representados por sus herederos o causahabientes a título universal, y quienes como continuadores de la persona de su causante, le sucedan en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Por esto, pues, lo esencial a la legitimación en causa de la herencia o sucesión, no es que la demanda se promueva por o contra dicha entidad que, por carecer de personalidad moral, no es siquiera susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, ni de ser representada judicial o extrajudicialmente; sino que lo sea con audiencia de quienes tengan ciertamente la calidad de herederos.

"Precisamente —ha dicho la Corte— por no ser la sucesión persona jurídica, distinta de los herederos individualmente considerados, quienes son los sucesores de los derechos del causante y responden de sus obligaciones, es lo mismo demandar a la sucesión, representada por los herederos, que demandar a los herederos para que respondan de las obligaciones de la herencia. La herencia es una comunidad sin géneros sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya representación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los herederos adjudicatarios respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias".

En el caso de que aquí se trata, y según lo relacionado anteriormente, la adquisición o compra del inmueble que es objeto de la litis se verificó para la señora Josefina Moncayo de Guerrero, y cuando ésta se hallaba en sociedad con su esposo don José Antonio Guerrero; por lo tanto, al fallecer dicha señora en enero de 1948, el mencionado inmueble entró definitivamente en el patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida Guerrero-Moncayo, y la acción de nulidad que luego se propuso, tenía desde luego que dirigirse contra los partícipes de dicha sociedad o sea, contra el cónyuge sobreviviente señor Guerrero, y contra los herederos de la señora que lo eran sus padres, el doctor Francisco de Paula Moncayo y doña Rosario Ariza Bueno de Moncayo, según lo acreditan las correspondientes partidas de estado civil y los autos de reconocimiento de dichas calidades proferidos por el Juzgado ante quien se sigue el juicio de sucesión. Que fue exactamente lo que hizo el demandante en estas actuaciones.

En concepto del Tribunal, sin embargo, la acción no aparece dirigida contra la comunidad resultante de la disolución de la sociedad conyugal, ni contra sus representantes, sino directamente contra "el doctor Francisco de Paula Moncayo, la señora doña Rosario Ariza Bueno de Moncayo y el señor José Antonio Guerrero Chaves, quienes individualmente considerados no tienen por qué responder de la nulidad que afecte a un contrato en que ellos son ajenos". Y esta apreciación, frente al contexto mismo de la demanda, es manifiestamente equivocada:

Porque aun cuando es verdad que en el párrafo inicial del libelo se expresa simplemente que éste se dirige contra los señores Moncayo, Ariza Bueno de Moncayo y Guerrero Chaves, sin concretar la calidad específica en que se les llama, en los hechos de la demanda sí se patentiza esa condición, cuando se afirma y luego se demuestra: a) que los dos primeros, contrajeron matrimonio el 8 de octubre de 1919 (8º); b) Que de ese matrimonio nació, en julio de 1920, doña Josefina Moncayo (9º); c) Que esta última se casó en octubre de 1940, con Guerrero Chaves (10º); d) Que en enero de 1947, o sea, dentro de la sociedad conyugal Guerrero-Moncayo, tuvo lugar el contrato cuya nulidad se demanda (1º); e) Que al año siguiente de formalizado aquel acuerdo, falleció la señora para quien se hizo la adquisición; y f) Que dentro del juicio mortuorio, se reconoció a los demandados su calidad de herederos como padres legítimos, y cónyuge sobreviviente (12). Lo cual razonablemente pone en evidencia, contra lo estimado por el Tribunal, que los demandados no fueron llamados al juicio con inde-

pendencia de la condición de herederos y de cónyuge que tienen, sino precisamente con base en esas calidades, que de otra suerte carecerían de toda significación dentro del contexto de la demanda.

Luego hay que reconocer, que el fallador de instancia incurrió en evidente error de hecho en la apreciación de la demanda, y que fue con base en ese error como violó, por falta de aplicación, los artículos 1008 y 1155 del C. C. como lo sostiene el recurrente.

Por tanto, y debiendo prosperar este cargo, procede la consideración del negocio en instancia, a efecto de decidir lo que corresponde.

Pues bien. De acuerdo con los términos del contrato en otro lugar relacionado, al aceptar don Angel María Cifuentes Moncayo la venta de que se trata, expresamente declaró: "que el inmueble que por ésta adquiere es única y exclusivamente para la señora Josefina M. de Guerrero Ch...., quien lo ha autorizado para verificar esta compra, suministrándole los dineros de su patrimonio exclusivo, por cuya razón el comprador de conformidad con el artículo 1506 del C. C., pide se extienda la copia correspondiente de este instrumento a favor de su comitente señora Josefina M. de Guerrero Ch." Pero como de acuerdo con el citado artículo, la estipulación para otro, implica la ausencia de facultad para representar a ese tercero, en términos que sólo mediante su posterior aceptación puede demandar lo estipulado, mientras que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiere contratado con el mismo". (Artículo 1505 ibidem), la declaración escrituraria del señor Cifuentes viene a establecer una dualidad jurídica contradictoria en cuanto a la condición en que obró que es preciso clarificar previamente, a fin de determinar, frente a los hechos que enuncia la demanda la legitimación en causa de los herederos, contra quienes vino aquélla dirigida.

No hay prueba alguna en los autos, de que la facultad de representación que menciona Cifuentes en el contrato, le hubiera sido realmente conferida por la señora para quien compraba; muy por el contrario, tanto los demandantes doctor Moncayo y señora de Moncayo al aceptar en su plenitud los hechos del libelo, como el propio estipulante Cifuentes, en la declaración que rindió como testigo dentro del juicio, reconocen la ausencia de aquella autorización; sobre el particular, dice este último: "Ni la señora nombrada, ni su marido señor José Antonio Guerrero me han entregado ni un solo centavo para pagar el precio del inmueble enunciado estipulado en la escritura referida en la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) y por lo mismo yo no he dado ningún valor en dinero por ese precio al vendedor señor Antonino Moncayo, pues debo advertir que yo estipulé simplemente en favor de la señora Josefina Moncayo de Guerrero, por encargo que para ello me hiciera el doctor Francisco de P. Moncayo, quien debe responder si ha pagado o no ese precio al señor Antonino Moncayo con quien celebré el contrato".

Luego, forzoso es concluir que en el expresado acuerdo el señor Cifuentes no obró como representante o mandatario de la señora, sino como tercero que estipulaba para otro, en los términos precisos del artículo 1506, que se invocó en el propio instrumento.

Ahora bien. Para que la estipulación por o para otro pueda producir efectos respecto del beneficiario, es indispensable la aceptación expresa o tácita de éste; entre tanto él es un simple tercero, a quien jurídicamente no puede aprovecharle ni perjudicarle: "*alteri estipulari nemo potest*". Pero como uno de los hechos fundamentales de la demanda es el de que "la difunta señora Josefina, ni en forma expresa ni tácita dio su aceptación a la escritura pública número 51 de 21 de enero de 1947", es claro entonces que dentro de ese supuesto la acción no podía dirigirse contra sus hedederos, porque ellos, lo mismo que su causante, fueron y así continuaron, al menos hasta la presentación de la demanda, totalmente extraños al contrato, cuya nulidad por simulación ha sido objeto del presente litigio.

De donde resulta que no obstante la rectificación doctrinaria hecha por la Corte respecto de los motivos del fallador de instancia, no es procedente la invalidación de la sentencia, por conducir los que se dejan expuestos a la misma conclusión deducida por aquél.

En razón 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 veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en este negocio.

No hay lugar a costas.

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

Pablo Emilio Manotas — Luis Enrique Cuervo. Gualberto Rodríguez Peña — Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — TECNICA DE CASACION. — VIOLACION DIRECTA Y VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANTIVA. — CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS

1.—La casación no es una tercera instancia, ni se puede en ella, oficiosamente, hacer un nuevo examen de pruebas, a menos que se acuse por error de hecho o de derecho en su apreciación, con indicación de las pruebas mal apreciadas y del concepto en que lo han sido, y se cite la disposición sustantiva que se haya violado con motivo de la respectiva valoración de las pruebas.

2.—Cuando se considera que el Tribunal violó una disposición legal por no haber examinado y tenido en cuenta determinadas pruebas del proceso, no cabe acusar por violación directa de la ley sustantiva, sino que el cargo debe hacerse por violación indirecta, por error de hecho en la apreciación del acervo probatorio, consistente en haber dejado de apreciar las dichas pruebas.

3.—Como lo ha dicho la Corte: "Dispone el artículo 636 del C. J. que cuando las partes pretenden hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, deben pedir dentro del correspondiente término probatorio que se libre despacho al funcionario respectivo para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del correspondiente registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro". (G. J., Tomo 48, pág. 354).

Por eso, una partida de defunción presentada directamente con un memorial por los demandados en la segunda instancia, es una prueba inaceptable, al tenor del citado artículo 636.

4.—Cuando el juzgador de instancia aplica una teoría legal cierta e incontrovertible, que no se discute, a hechos que él estima establecidos en la litis a través del examen y de la crítica del acervo probatorio, el cargo viable en casación es el de violación de la ley proveniente de apreciación equivocada o ausencia de apreciación de determinada o determinadas pruebas, mas no el de quebrantamiento directo, en fuerza de que, dentro de la limitada libertad con que la Corte actúa en el recurso de casación, para ella los juicios del fallador emanados de las pruebas, son verdades incontrovertibles mientras no se les desvirtúe, formulando debidamente la acusación, conforme lo previene la segunda parte del primer numeral del artículo 520 del Código Judicial.

Así lo expuso también la Corte en sentencia de 13 de junio de 1938, G. J., Tomo 46, pág. 638.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre diez y siete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Julián Cepeda B., por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado del Circuito de Ramiriquí, el veintisiete de noviembre de mil novecientos cuarenta y siete, a Salvador Daza, Pedro Ruiz y Andrés Fonseca, vecinos de Umbita, para que se les condene a restituir al demandante una zona de terreno llamada San Lorenzo, partido de Lomagrande, de la misma jurisdicción municipal, con sus frutos civiles y naturales, previa declaración de ser el proponente poseedor inscrito del bien que reivindica.

Los demandados negaron el derecho de quien reclama, por cuanto para la fecha en que Lorenzo Tomás Daza vendió al causante del actual demandante, aquél era casado con la señora María Antonia Molina, quien falleció posteriormente a la fecha de la compra, y sin que se hubiera liquidado la sociedad conyugal, el viudo señor Daza traspasó como propio el referido inmueble, vendiendo en consecuencia cosa ajena, un bien perteneciente a la sociedad conyugal en liquidación y del cual no podía disponer. Que en la mortuoria de los cónyuges

Daza y Molina se adjudicó a los demandados el predio que se demanda.

Cumplidos los trámites procesales de la primera instancia, el Juez del conocimiento pronunció fallo, absolviendo a los demandados.

La sentencia recurrida

Enviados los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, se decidió allí la segunda instancia del trámite, favorablemente a las peticiones del actor, por lo cual los perdidosos interpusieron recurso de casación.

Los cargos propuestos

Con fundamento en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., acusa el mandatario de los recurrentes el fallo de segundo grado, por *violación directa de ley sustantiva*, "en virtud de que no se aplicó a hechos previstos y probados en el pleito o aplicó indebida o equivocadamente las siguientes disposiciones sustantivas", que considera infringidas: artículo 1º de la ley 28 de 1932, 180, 946, 950, 1871, 740, 741, 742, 744, 752 y 1781 del Código Civil.

"El concepto de violación —agrega— se deduce en gran manera del siguiente raciocinio del Honorable Tribunal, de donde concluye con las declaraciones y condenas hechas en la parte resolutiva del fallo en perjuicio de mis mandantes: "De conformidad con la relación de títulos a que hace referencia el acta anterior, éstos consisten en las hijuelas de adjudicación hechas a los demandados Salvador Daza Molina como heredero en la doble sucesión de Lorenzo Tomás Daza y María Antonia Molina, y a Cruz Díaz como subrogatario de una parte de los derechos que al heredero señor Salvador Daza le corresponden en la sucesión de la señora María Antonia Molina, y agrega allí: vale esta hijuela teniendo en cuenta el acuerdo celebrado entre el heredero Salvador Daza Molina y el subrogatario Cruz Díaz, la cantidad de sesenta pesos setenta y siete centavos.... La misma leyenda se observa en la hijuela de Pedro Ruiz y en la de Lorenzo Huertas, folio 4 v. y 5 del cuaderno número 3 del expediente... Pero como es bien sabido que esta calidad de títulos son simplemente declarativos de dominio, es claro que si el causante Lorenzo Tomás Daza ya no tenía este derecho en la finca inventariada, mal podía transmitirlo a su heredero Salvador Daza, y como de autos aparece que efectivamente el mentado Lorenzo Tomás Daza transmitió en vida por venta a Vicente Huertas J. la mencionada finca que hoy reclama el demandante Julián Cepeda mediante títulos traslaticios de dominio, como son las escrituras números 2548 del 27 de mayo de 1944 y 589 del 12 de diciembre de 1946, otorgada la primera en la Notaría Cuarta de Bogotá y la última en la Notaría 1ª de Ramiriquí, cuyas copias debidamente registradas se han traído a los autos acreditando además su suficiencia con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Ramiriquí, resulta innegable bajo este concepto que el mejor derecho a la finca en litigio favorece a la parte actora y en este sentido habrá de fallarse la controversia planteada en este proceso con acatamiento a los preceptos del C. C. invocados en la parte final del escrito de demanda".

Dice que el artículo 740 del C. C. estatuye que la tradición es un modo de adquirir el dominio de los bienes o cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad y la intención de transferir el dominio, y por la otra la capacidad e intención de adquirirlo, lo que determina la necesidad de tres condiciones subjetivas en quien hace la tradición: que sea dueño de la cosa, que tenga la facultad de transferir el dominio sobre ella y que la entrega esté acompañada de la intención de enajenar. Si falta una de estas condiciones, no hay tradición y por lo tanto, no hay enajenación.

Que en el caso en estudio, el tradente Lorenzo Tomás carecía de la facultad de enajenar, por tratarse de un bien perteneciente a la sociedad conyugal, que en el momento de la celebración del contrato se hallaba en estado de liquidación. Expresa que no se ve cómo disuelta la sociedad por muerte de la mujer, pueda el ex-socio supérstite disponer arbitrariamente, contra dueño ajeno, de un acervo en que apenas tiene acción. (G. J., número 1904, pág...).

Que demostrado que el título proveniente de la venta de cosa ajena, hecha por Lorenzo Tomás, carece de eficacia legal para efectuar la tradición, resulta clara por parte del juzgador la infracción de los artículos 946 y 950 del C. C., que conceden la acción reivindicatoria o de dominio al dueño. Que Lorenzo Tomás nada transfirió a Vicente Huertas, ni éste, por consiguiente, al demandante. Por todo lo cual pide la casación del fallo.

Se considera:

El Tribunal, para decidir la acción de dominio planteada en el presente juicio, en que se solicita se

declare que el demandante Julián Cepeda es poseedor inscrito de un predio rural que ocupan los demandados Salvador Daza Molina, Cruz Díaz y Pedro Ruiz y se pide la consiguiente entrega de la cosa reivindicada, luego de establecer mediante el estudio de la inspección ocular practicada y el de la prueba testimonial aducida, la identidad de lo que se demanda y la circunstancia de la posesión que ejercen los demandados, entra a hacer el examen comparativo de los títulos aducidos al proceso por una y otra parte, y encuentra que los demandados alegan mejor derecho, apoyados en la adjudicación que se les hizo en la causa mortuoria de Lorenzo Tomás Daza y María Antonia Molina, según la partición de bienes que aún reposa en el Juzgado del Circuito de Ramiriquí, y que en cambio, el título del demandante se origina en la venta que el mismo Lorenzo Tomás había efectuado con anterioridad (año de 1944) a Vicente Huertas y la que este último hizo al actor en el pleito, por escritura 589 de 1946.

Expresa el Tribunal que las cartillas de adjudicación con que amparan su derecho los demandados, son títulos meramente declarativos de dominio y que, por consiguiente, si don Lorenzo Tomás ya nada tenía en la finca que se reclama para la fecha de su muerte, por haberla vendido a Huertas y éste al demandante, "resulta innegable bajo este concepto que el mejor derecho a la finca en litigio favorece a la parte actora"; lo cual, a juicio del juzgador, fue razón suficiente para decretar la reivindicación propuesta.

Se observa que, al contestar la demanda, los señores Daza Molina, Díaz y Ruiz alegan que cuando don Lorenzo Tomás vendió, ya había muerto su esposa; que la liquidación de la sociedad conyugal de éste con la señora Molina, estaba pendiente y que al enajenar el bien común propio, hizo venta de cosa ajena.

A la Corte, en casación, no le sería dable entrar a hacer un nuevo examen de la cuestión de hecho planteada. La casación no es una tercera instancia, ni se puede en ella, oficiosamente, hacer un nuevo examen de pruebas, a menos que se acuse por error de hecho o de derecho en su apreciación, con indicación de las pruebas mal apreciadas y el concepto en que lo han sido, y se cite la disposición sustantiva que se haya violado con motivo de la respectiva valorización de las pruebas.

El recurrente niega el derecho de propiedad de Cepeda, porque al vender su antecesor en el dominio, don Lorenzo Tomás, a Vicente Huertas, traspasó un bien del cual no podía disponer, que fue adquirido para la sociedad conyugal Daza-Molina, antes de entrar a regir la ley 28 de 1932, y del cual durante su vigencia, pudo disponer el marido como jefe único de ella (artículo 1806 del C. C.); pero muerta la esposa, la sociedad conyugal entró en liquidación y ya no le era dable al ex-socio supérstite disponer arbitrariamente, contra derecho ajeno, de un acervo en que apenas tenía acción, siendo el verdadero dueño la sociedad conyugal disuelta y en estado de ser liquidada, dentro del sistema de la personalidad prolongada, o siéndolo conjuntamente el cónyuge y los herederos de la esposa, como dueña de una cosa universal, dentro del sistema de la comunidad pura y simple.

Por consiguiente, el cargo de "violación directa de la ley sustantiva, en virtud de que no aplicó a hechos previstos y probados en el pleito o aplicó indebidamente o equivocadamente", como lo dice el recurrente, determinadas disposiciones sustantivas, que menciona, está mal formulado. *Ha debido acusarse por violación indirecta* de las disposiciones que se citan, por *error de hecho*, por no haberse examinado y tenido en cuenta las pruebas con que se propuso demostrar los siguientes:

a) La formación de la sociedad conyugal por causa de matrimonio contraído por Lorenzo Tomás Daza y María Antonia Molina, en fecha anterior a la del contrato de compraventa del inmueble que se reclama;

b) La disolución por fallecimiento de la esposa de la referida sociedad conyugal;

c) Que ya disuelta ésta y sin que en vida de la esposa se hubiera liquidado provisionalmente durante su vigencia, o definitivamente al fallecer la mujer, el marido vendió al señor Vicente Huertas por medio de la escritura número 2548 de 27 de mayo de 1944, y que Huertas traspasó luego al demandado Cepeda, por escritura número 589 de 12 de diciembre de 1946, habiéndose efectuado con estos traspasos, una simple disposición de cosa ajena.

Con todo, es de observar que la partida de defunción de la señora Molina de Daza fue traída irregularmente a los autos, que impedía ser apreciada como prueba, ya que se presentó directamente con un memorial por los demandados en la segunda instancia, lo que la hacía inaceptable, al tenor del artículo 636 del C. J.

En la forma aportada al proceso, era una prueba ineficaz, que no podía tenerse en cuenta por el juzgador, aun cuando éste ha debido expresar la causa para ello.

Sobre el particular, ha dicho esta Corte:

"Dispone el artículo 636 del C. J. que cuando las

partes pretenden hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, deben pedir dentro del correspondiente término probatorio que se libre despacho al funcionario respectivo para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del correspondiente registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro". (GACETA JUDICIAL, Tomo 48, pág. 354).

El error de técnica impide, pues, a la Sala hacer el examen de la cuestión planteada, por falta de acusación en la forma debida; si se sostiene que la sentencia se aparta de la verdad comprobada, la acusación ha debido proponerse por error en la apreciación de las pruebas.

En sentencia de trece de junio de mil novecientos treinta y ocho, dijo esta Sala:

"Cuando el juzgador de instancia aplica una teoría legal cierta e incontrovertible, que no se discute, a hechos que él estima establecidos en la litis a través del examen y de la crítica del acervo probatorio, el cargo viable en casación es el de violación de la ley proveniente de apreciación equivocada o ausencia de apreciación de determinada o determinadas pruebas, mas no el de quebrantamiento directo, en fuerza de que, dentro de la limitada libertad con que la Corte actúa en el recurso de casación, para ella los juicios del fallador emanados de las pruebas son verdades incontrovertibles mientras no se les desvirtúe, formulando debidamente la acusación, conforme lo previene la segunda parte del primer numeral del artículo 520 del Código Judicial". (Casación, XLVI, número 1937, junio 13 de 1938, pág. 638).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Sentencia

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha veinte de febrero de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas— El Secretario, **Hernando Lizarralde.**

EN EL JUICIO ORDINARIO QUE SE ORIGINA EN LAS OBJECIONES AL DESLINDE PRACTICADO EN EL ESPECIAL, NO SE PUEDE DISCUTIR LO RELACIONADO CON LA PERSONERIA DEL ACTOR PARA DEMANDAR EL DESLINDE

1.—Contestada la demanda de deslinde, se ajustó el compromiso de la litis contestatio, y es en balde objetar la titularidad durante el juicio ordinario sobre objeciones al deslinde. Por eso ha dicho la Corte: "Es, por consiguiente, a la entrada del juicio especial donde tiene oportunidad y procedencia la consideración de este punto sobre personería sustantiva para ejercitar el derecho que establece el artículo 900 del C. C. Calificada esta cuestión por el Juez ante quien se presenta la demanda de deslinde y llevado a cabo el señalamiento de linderos y postura de mojones después de surtidos los trámites especiales del Título XXVI del C. de P. C., en que hay incidente exceptivo, en el juicio ordinario que se desprende del especial cuando dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, alguno de los interesados manifiesta su inconformidad con el deslinde y formula su oposición a él, no es posible revivir la cuestión relacionada con el derecho para el deslinde". (G. J., Tomo LII, pág. 862).

Es interesante recordar que de acuerdo con el antiguo código, en el juicio ordinario sobre rechazo a la línea fijada por el Juez, se podía objetar no sólo el deslinde practicado, sino la demanda misma de deslinde (artículo 272 de la Ley 105 de 1890); mientras que de acuerdo con el código actual, en el juicio ordinario sólo se puede objetar la línea ya fijada (artículo 870). Quiere esto decir que en la primera etapa del juicio, que es la llamada de apeo, debe quedar definido lo de personería del demandante, es decir, que en esta etapa el actor ha debido establecer su derecho para demandar.

Es en el prólogo del juicio, por decirlo así, cuando el actor debe probar su derecho a demandar.

2.—Desde el momento en que las partes se entrelazan o conectan dentro de un juicio de deslinde, se aceptó por ellas que hay de por medio una línea divisoria dudosa entre los dos predios, que sólo se define con la sentencia, y de esta suerte, uno y otro predios están indeterminados, al menos en parte de su cerramiento; y el fenómeno de la prescripción no puede operar, salvo en caso excepcional que la Corte contempló como motivo de oposición a la línea fijada, según se dirá adelante.

Dictada la sentencia que pone fin a la litis y que define con el carácter de cosa juzgada la línea divisoria de los predios, entonces sí se abre campo para las cuestiones de dominio que los mismos interesados quieran promover.

Es por esto que la doctrina tiene afirmado como verdad jurídica que hay diferencia sustancial entre la acción de deslinde y la de dominio, y que no se pueden confundir estas dos acciones.

En relación con estos puntos de vista, la jurisprudencia de esta Corte ha insistido acerca de que dentro del juicio ordinario de oposición al deslinde no se pueden discutir cuestiones de dominio, porque tal juicio debe concretarse a aceptar o modificar la línea ya fijada en el de apeo. Mas como punto doctrinario, la Corte ha contemplado el caso de que dentro de ese juicio ordinario se puedan estudiar hechos sobre una posesión que dé cabida al fenómeno de la prescripción. Dice ciertamente, después de afirmar que son distintas las acciones de dominio y de deslinde: "Pero no se ve una razón práctica para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado de apeo, no pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de alguno de ellos, o bien hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. En el juicio ordinario, cuya ventilación prevé el artículo 870 del C. J., bien

pueden debatirse tales cuestiones, que dicen ya orden al dominio, como motivos de la oposición a la línea, oposición prevista inmediatamente por el artículo 869 ibidem". (G. J., número 1924, pág. 124).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinte de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Aquí se trata de un juicio de deslinde y amojonamiento, convertido en ordinario a virtud de la oposición de ambas partes a la línea fijada judicialmente; y actúa como demandante Digna María Beltrán y como demandado Alejandrino Morales. Alegó aquélla que su finca "Balsillas y Limón" colinda con "Santa Lucía", inmueble de Morales, y que no es clara en parte la línea en que hacen contacto los dos predios, por lo cual sometió el caso a la justicia.

Con la demanda presentó la actora, como título de dominio, la escritura 959 de la Notaría de Girardot, de agosto de 1946, por la cual compró a Julio Lozano la finca sometida a deslinde. En el hecho primero de la demanda dice precisamente esto: que compró el inmueble al citado Lozano por aquella escritura.

El Juez, antes de resolver alguna cosa, exigió que se acreditara la suficiencia de aquel título, y entonces fue presentado un certificado del Registrador respectivo en que se dice que Lozano vendió a la actora "el derecho de dominio y posesión" sobre la finca, y que en la actualidad ésta es poseedora inscrita de dichos derechos de dominio y posesión, sin limitación ni condición alguna.

Con esta certificación, el Juzgado aceptó la demanda por estar ajustada a la ley, y ordenó correr traslado de ella al demandado.

Contestó esa demanda el opositor Morales, y al referirse al hecho primero citado arriba manifestó que "es cierto que el señor Julio Lozano vendió a la demandante el predio de que trata la escritura respectiva". Y manifestó también que no tiene interés en la no ejecución del deslinde, siempre que se verifique por las líneas divisorias de las cercas de alambre, las cuales tienen una duración de más de veinte años. No objetó el título presentado por la actora.

El Juzgado fijó entonces fecha para la diligencia de deslinde, y en ella se invirtieron cuatro días. En el primero y segundo se identificaron los predios, y cómo no hubo acuerdo entre las partes sobre algunos puntos de los linderos, fueron preguntados y repreguntados muchos testigos; y en el cuarto día el Juzgado fijó la línea, y ordenó el amojonamiento, que se realizó en el día mencionado. La diligencia de deslinde se notificó personalmente a las partes en la misma fecha en que fué levantada, y el demandado apeló de ella, apelación que fué negada. Más tarde, en recurso de hecho, el Tribunal manifestó su parecer de que estaba bien fundada la denegación de aquella solicitud de apelación.

Ambas partes se opusieron al deslinde y amojonamiento realizado, y así remató la primera etapa del juicio.

Fechada el 17 de mayo de 1947, el apoderado de la Beltrán presentó demanda, corregida, sobre oposición al deslinde practicado. Hace en ella varias peticiones, que se pueden sintetizar en la forma siguiente: "Que la línea divisoria de los predios no es la que fijó el Juzgado en la diligencia de 22 de febrero, en las horas de la mañana".

El demandado Morales contestó la demanda oponiéndose a que se hagan las peticiones de ésta, y termina su contestación ratificando una manifestación que ya había hecho al extenderse la diligencia sobre fijación de la línea divisoria, a saber: insisto en que la demandante Beltrán es únicamente comunera del predio Balsillas, por lo cual el deslinde no ha debido practicarse.

El demandado Morales no presentó demanda de oposición.

Falló el negocio el Juez del Circuito del Guamo, el veintidos de febrero de mil novecientos cuarenta y siete, declarando en primer lugar no probada la excepción de prescripción, declarando sin valor la línea divisoria.

La parte demandada apeló de esta sentencia del Juez, y el Tribunal Superior de Ibagué decidió el pleito en la segunda instancia, con la sentencia de tres de febrero de mil novecientos cincuenta, en la cual se lee:

"Revócase la sentencia apelada y en su lugar el Tribunal se abstiene de fallar en el fondo la presente acción por no haber demostrado la demandante el presupuesto procesal de legitimación para obrar o legitimación de causa".

La parte demandante no se conformó con este fallo; y como se le concedió el recurso de casación, han llegado los autos a la Corte, y se entra a estudiar la demanda de casación.

La sentencia recurrida

Se acusa esta sentencia por las causales 1ª, 2ª y 7ª del artículo 520 del C. Judicial. Mas antes de entrar en el estudio a fondo del asunto, conviene transcribir las razones que tuvo el Tribunal para abstenerse de fallar sobre el punto cardinal de la litis. Dice la sentencia:

"En el caso de autos la demandante ha instaurado una acción de deslinde en su carácter de dueña exclusiva de uno de los predios cuyos linderos pide que se señalen. Y el Juez de primera instancia aceptó esta personería, según se vió ya. Pero cuando el Juez dice: "otra cosa fuera que la escritura Nº 959 y el certificado o uno cualquiera de los dos hablaren de derechos y acciones o de la comunidad de Belsillas y Limón; pero claramente hablan de una finca demarcada por linderos especiales que fué enajenada por Julio Lozano a Digna Ma. Beltrán a título de venta por la suma de doce mil pesos", afirma una equivocación manifiesta. Y posiblemente lo que ocurrió fue que el Juez no leyó todo el título 959 citado, que figura a los folios 7 a 10 del cuaderno Nº 1, por medio del cual la demandante compró a Julio Lozano G. derechos y acciones en la comunidad de Balsillas, según la cláusula final que reza textualmente: "En este estado el compareciente Lozano G. aclara: que lo que por medio de esta escritura vende son únicamente derechos y acciones vinculados en la finca "Balsillas" determinado por los linderos expresados atrás y a que se refiere la escritura citada en el punto tercero de este instrumento. Así se afirma". El punto tercero citado, dice: "Que el exponente Lozano adquirió el derecho de dominio que vende por compra hecha al señor Juan Vidales Palma por medio de la escritura pública número trescientos uno (301), de fecha catorce (14) de junio de mil novecientos cuarenta y seis (1946)". Y por medio del instrumento público Nº 301 a que se refiere esta cláusula el doctor Juan Vidales Palma vendió a Julio Lozano G. —tradente de la demandante— "todos los derechos y acciones con las mejoras que el exponente tiene y posee como legítimo dueño, en las comunidades conocidas con los nombres de Balsillas, Limón y La Chamba, ubicadas en jurisdicción del municipio de Ortega.

. . . . . .

De acuerdo con lo anterior no cabe la menor duda de que doña Digna María Beltrán no es dueña exclusiva del terreno de Balsillas, sino que este terreno constituye una comunidad en la cual es accionada la misma señora demandante. Ahora, la comunidad es un estado en el cual uno o varios bienes pertenecen a varias personas en proindiviso. La comunidad carece de personería jurídica, pero judicial y extrajudicialmente corresponde su representación a los comuneros. Activamente puede demandar, siempre que lo haga para la comunidad y no para sí propio, cualquiera de los mismos comuneros. Pasivamente debe demandarse a todos ellos para que la sentencia los cubra.

Pero se dirá que aquí no existe falta de legitimación de causa, porque el artículo 863 del C. Judicial establece que "si el derecho del demandante no es de dominio pleno, se cita a quienes tienen derechos reales principales en el mismo fundo para que, si lo estiman conveniente, se hagan parte en el juicio. A quien citado no comparezca, lo perjudica o le aprovecha el fallo definitivo que se dicte como si hubiera sido demandante". Pero es que en el caso de autos la acción se estableció para la señora Digna María Beltrán, en su propio nombre y no para la comunidad de Balsillas. Consiguientemente no podían ser citados los demás comuneros que como es natural, no se indicaron en la demanda.

La H. Corte Suprema de Justicia ha venido sosteniendo como tesis general que "en los juicios ordinarios que se inician como consecuencia de la posesión a toda o parte de la línea o líneas fijadas por el Juez que conoce del deslinde, no puede contemplarse otro extremo ni fallarse otra cuestión sino la relacionada con la fijación que hizo el juez, para estudiar y resolver si ella se ajusta o no a las pruebas presentadas por las partes. Cualquiera otra cuestión es extraña al juicio y no puede ser decidida dentro de él". Pero en el caso de autos la cuestión de la legitimación de causa, está *sub judice* ya que fue expresamente propuesta al dar contestación a la demanda ordinaria sobre oposición.

A la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia es necesario darle una interpretación racional y justa. Porque si se aplica a la letra en todos los casos, se presentarían cuestiones verdaderamente anormales y muy difíciles de resolver. Por ejemplo: A. demanda en juicio de deslinde a B. para que se señalen los límites de su predio con los del demandado. El Juez de manera palmariamente equivocada —como en el caso de este juicio— acepta la demanda y practica el deslinde, señalando la línea de demarcación. Una de las partes se opone en juicio ordinario al deslinde practicado. Y dentro de esta causa se demuestra plenamente que el lote de terreno de A. no es colindante con el de B. sino con el de C., que no fué demandado. Si en este caso se aplica la tesis de la H. Corte, la sentencia que se

debe proferir en el juicio ordinario no podría declarar la improcedencia de la acción, sino que forzosamente tendría que aceptar la línea fijada en la diligencia de deslinde, o señalar otra distinta, lo que, como fácilmente se comprende, sería un absurdo".

Causal primera:

La Sala entra a hacer estudio de esta causal; y si resultare que el recurrente tiene razón en sus alegaciones sobre ella, no habrá necesidad de hacer examen sobre las otras causales, según lo preceptúa el art. 538 del C. J.

Refiriéndose a la parte de la sentencia que se acaba de transcribir formula el recurrente varios cargos dentro de la causal primera, los cuales, en realidad, se pueden reducir a uno, y señala como violados los artículos 900 del C. C. y 867, 868, 870, 871 y 481 del C. J.

Dice el recurrente que de acuerdo con el art. 900 del C. C., el dueño de un predio tiene derecho a que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes, y que al declarar el Tribunal que se abstiene de fallar en el fondo, no fijando la línea entre los predios Balsillas y Santa Lucía, violó aquel texto legal y le desconoció al actor un derecho que éste le otorga.

Dice también que al abstenerse el Tribunal de fallar la oposición formulada por el actor al deslinde inicial, violó también el art. 870 del C. J., conforme al cual si alguno de los interesados no se conforma con el deslinde, el punto se ventila en juicio ordinario, disposición ésta que no mira ya al propietario del inmueble sino al interesado en el deslinde, el cual tiene derecho a que su inconformidad se ventile y decida en juicio ordinario; y agrega: "admitida la demanda, el Juzgador no tiene más camino a seguir, que fijar la línea divisoria, aceptando la fijada en el deslinde, modificándola o aceptando la fijada por el opositor".

Y dice en otra parte: En el juicio ordinario no podía ser materia de debate la cuestión de si el predio de Balsillas era de propiedad exclusiva de la demandante, o era de una comunidad, pues ésta es cuestión propia del juicio especial de deslinde; y de acuerdo con el art. 871 del C. J., la oposición debe versar sobre el deslinde ya practicado, porque después de éste "no se puede aceptar debate diferente a aquel que se relacione con las líneas divisorias", según lo dijo la Corte en la jurisprudencia que el Tribunal cita.

En relación con estas objeciones del recurrente, lo primero que debe estudiarse es la siguiente cuestión: ¿en qué momento el actor debe probar el derecho que le otorga el art. 900 del C. C.?

El artículo 862 del C. Judicial dice que la demanda sobre deslinde debe presentarse "acompañada del correspondiente título". Expresa el artículo 867 que dentro del término para contestar la demanda se pueden proponer excepciones dilatorias. Y se lee en el artículo 864 que de la demanda se dá traslado al demandado por el término de tres días. Quiere ésto decir que al demandado se le abre campo para objetar la titularidad por medio de las excepciones y para pedir al Juez que no acepte la demanda porque con ella no ha sido presentada la prueba adecuada. ¿Y qué ocurrió aquí? Que el demandado no excepcionó, y sin objeción valedera aceptó la demanda, nombró perito, actuó junto con su apoderado durante cuatro días que duró la diligencia, presentó testigos, contrainterrogó los de la contraparte, en una palabra, se apersonó en el juicio de manera decisiva, hasta que el Juez dió término a su tarea de señalar la línea, y entró a levantar el acta correspondiente. Y cuando esto último ocurría el apoderado de la parte opositora objetó la personería de la contraparte, objeción inoportuna porque la litis ya se había trabado.

Contestada la demanda de deslinde, se ajustó el compromiso de *litis contestatio*, y es en balde objetar la titularidad durante el juicio ordinario sobre objeciones al deslinde. Por eso ha dicho la Corte: "Es, por consiguiente, a la entrada del juicio especial donde tiene oportunidad y procedencia la consideración de este punto sobre personería sustantiva para ejercitar el derecho que establece el art. 900 del C. C. Calificada esta cuestión por el Juez ante quien se presenta la demanda de deslinde y llevado a cabo el señalamiento de linderos y postura de mojones después de surtidos los trámites especiales del Título XXVI del C. de P. C., en que hay incidente exceptivo, en el juicio ordinario que se desprende del especial cuando dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia alguno de los interesados manifiesta su inconformidad con el deslinde y formula su oposición a él, ya no es posible revivir la cuestión relacionada con el derecho para demandar el deslinde" (G. J. Tomo LII, pág. 862).

Es interesante recordar que de acuerdo con el antiguo código, en el juicio ordinario sobre rechazo a la línea fijada por el Juez, se podía objetar, no sólo el deslinde practicado, sino la demanda misma de deslinde (art. 272 Ley 105 de 1890); mientras que de acuerdo con el código actual, en el juicio ordinario sólo se puede objetar la línea ya fi-

jada (art. 870). Quiere ésto decir que en la primera etapa del juicio, que es la llamada de apeo, debe quedar definido lo de personería del demandante, es decir, que en esa etapa el actor ha debido establecer su derecho para demandar.

Es en el prólogo del juicio, por decirlo así, cuando el actor debe probar su derecho a demandar; y en este juicio se estableció debidamente ese presupuesto, que echó de menos el Tribunal.

Fuera de ésto, como lo apunta con razón el recurrente, dentro del juicio ordinario, conforme al art. 870 del C. J., se contempla el caso de "los interesados" en el deslinde, sin que aquí influya lo relacionado con el dominio, a que se refiere el juicio de apeo en el art. 862 del código citado. Son los interesados, ambos o uno de ellos, quienes tienen derecho a que dentro del juicio ordinario se les decida sobre su inconformidad con el deslinde, lo cual no hizo el Tribunal.

El Tribunal no podía excusarse de decidir sobre la cuestión capital sometida a su estudio, que lo era la línea señalada por el Juez, pues el punto sobre personería ya había quedado definido desde que el demandado aceptó la demanda sobre el deslinde, no presentó excepciones y afrontó el debate hasta que el deslinde fué practicado. Para el demandado no hubo duda en los momentos iniciales del juicio sobre la personería de la actora, como no la hubo para el Juez una vez que tuvo a la vista el certificado del Registrador sobre suficiencia del título presentado por aquélla. Y definida así la cuestión de personería de la demandante, no se le podía revivir dentro del juicio ordinario ni podía dar ocasión al Tribunal para excusarse de decidir sobre la única materia a que ha debido concretarse, a saber: la línea divisoria entre los dos predios enfrentados.

Como buscando el Tribunal un apoyo a su decisión, transcribe una doctrina de la Corte, según se vió, sin advertir que tal doctrina contradice las conclusiones de la sentencia recurrida, pues ella dice en síntesis que en el juicio ordinario sobre oposición al deslinde no se puede tratar ninguna cuestión distinta a la consideración de la línea fijada por el Juez, doctrina en que la Corte ha insistido (G. J. LV, pág. 608). Y tomando pie en esta doctrina, dice: a la tesis de la Corte hay que darle una interpretación racional, pues de otra manera se pueden presentar cuestiones anormales. "Por ejemplo: A. demanda en juicio de deslinde a B. para que se señalen los límites de su predio con el del demandado. El Juez de manera equivocada —como en el caso de este juicio— acepta la demanda y practica el deslinde. Una de las partes se opone en juicio ordinario y dentro de esta causa se demuestra que el lote de terreno de A. no es colindante con el de B. sino con el de C. que no fué demandado. Si se aplicara aquí la tesis de la H. Corte, la sentencia no podría declarar la improcedencia de la acción sino que forzosamente tendría que aceptar la línea fijada en la diligencia de deslinde, lo que sería un absurdo".

Este ejemplo del Tribunal es mal traído y nada prueba, por tanto. Si los lotes A. y B. no colindan, porque está de por medio el lote C., no puede haber deslinde porque en él es esencial que los lotes enfrentados colinden.

De lo que se ha expuesto resulta que tiene razón el recurrente en los cargos que ha formulado contra la sentencia del Tribunal, sin que haya necesidad de estudiar si la actora era simplemente comunera, o era dueña exclusiva del inmueble con que se presentó a debate. La sentencia del Tribunal debe ser casada, y se procede a dictar la que corresponde a la Sala como Juez de instancia.

Sentencia de instancia

Conviene historiar un poco más el negocio:

Como ya se dijo, el demandado Morales no se opuso a la solicitud sobre deslinde, nombró su perito, y tanto él como su apoderado asistieron a la diligencia de apeo.

En el último día de la audiencia, cuando el deslinde se había practicado y se estaba levantando el acta respectiva, el apoderado del demandado entregó personalmente al Juez un memorial en el cual dice, en síntesis: a) Que hace algunas observaciones para que se tengan en cuenta; b) que según escritura que presenta y otras pruebas de los autos, la actora no es dueña del predio Balsillas y Limón, sino comunera, y que, por lo tanto, carece de la acción de deslinde; c) Que carece también de ella porque no identificó algunos puntos esenciales; y d) Que la actora podía tener la acción posesoria pero no la de deslinde.

El Juez, en el acta de la diligencia, consideró el memorial, manifestó que el actor sí podía entablar la acción y fijó la línea divisoria de los predios.

En el mismo acto el demandado se opuso al deslinde practicado y apeló de lo resuelto por el Juez; oposición que también formuló el demandante.

A poco dirigió el demandado un memorial, en el cual reafirma lo que ya había dicho durante la diligencia, oponiéndose al deslinde practicado y a la fijación de mojones, y enunciando éstas como razones de la oposición: 1ª Que no se identificaron

debidamente los puntos donde fueron colocados los mojones; 2ª Que el demandado ha tenido la posesión de su terreno dentro de una cerca construída hace más de veinte años "y ante una prescripción ordinaria o extraordinaria no puede prevalecer una acción de dominio"; y 3ª Que la línea fijada por el Juzgado no es la que corresponde a los títulos, y debiera ser otra (la señala).

El Juzgado dictó auto negando la apelación interpuesta por el demandado al notificársele la diligencia de deslinde y amojonamiento, por no autorizarlo la ley; de ese auto se pidió reposición, y en subsidio copias para acudir de hecho al Tribunal; y esta Corporación decidió que aquella negativa era fundada.

El Juzgado ordenó agregar a los autos el memorial en que el demandado dá razones para su oposición; éste suplicó que se aceptara su oposición, pues que no era suficiente con ordenar la agregación del memorial; y el Juzgado expresó entonces que se admitía la oposición al deslinde a que se refiere el memorial, pero agregó: "es conveniente no perder de vista que una cosa es la oposición que al deslinde puede hacerse dentro de los diez días de que habla el artículo 871 del C. J., y otra cosa es la demanda en juicio ordinario que los interesados inconformes pueden formular en función del artículo 870 del mismo Código".

Y así terminó la primera etapa del juicio.

En cuanto a la segunda, ya se vió que la parte demandante presentó libelo sobre objeciones al deslinde, en el cual, después de manifestar que la línea divisoria no es la señalada y amojonada por el Juez, describe otra que en su concepto es la que debe ser definida; y en subsidio de ésto, pide que se señalen como linderos "los que indiquen peritos científicos".

Se opuso el demandado Morales, y dijo lo siguiente al contestar la demanda: insisto en que la actora es únicamente comunera de Balsillas, y que habiéndose alegado ésto desde la contestación de la demanda de apeo, el deslinde no ha debido practicarse. Y en memorial aparte propuso la excepción de prescripción extintiva de la acción de deslinde, y la prescripción adquisitiva en razón de tener el señor Alejandrino Morales por sí y por sus antecesores la posesión material por un período mayor de veinte años.

Mas, según ya se apuntó y se hizo notar en los autos repetidamente, el demandado Morales no presentó demanda sobre oposición al deslinde practicado.

Se historió ya que el Juez desechó la línea fijada en la diligencia de apeo, y señaló otra, de lo cual apeló la parte demandada.

Esta parte presentó alegato de conclusión ante el Tribunal, y en él fija sus puntos de vista sobre el juicio y sobre el fallo de primera instancia. Examina ante nuevas pruebas los sitios geográficos en diferencia, manifiesta su convicción de que la línea señalada por el Juez no es la que esas pruebas autorizan, se atiene a lo que se demostró en la inspección ocular practicada por el Tribunal, y remata así ese alegato: Hay un hecho protuberante y definitivo que decide el presente negocio, y es la inspección en que el Tribunal determinó con toda claridad los linderos de las fincas; esa inspección decide el litigio, por lo cual ruego al Tribunal que revoque la sentencia del Juez y haga la declaración de los linderos de las fincas en la forma definida por esa Corporación.

Como se vé, el apelante, al fijar su concepto ante el Tribunal, no mencionó lo de prescripción, que tánto había alegado antes, ni insistió en que la actora no era propietaria sino comunera. Lo cual significa que abandonó esos puntos de vista, y le presentó al Tribunal sólo una solicitud: adoptar la línea que el mismo Tribunal había estudiado, revocando así la sentencia de primer grado.

En el resumen de las alegaciones orales de la audiencia pública, el apoderado de la parte demandada vuelve a insistir sobre las cuestiones de hecho relacionadas con los linderos, y tampoco enuncia siquiera aquellos puntos de derecho: prescripción y simple carácter de comunera de la demandante.

El Tribunal, como se ha dicho, revocó ciertamente la sentencia del Juzgado, pero no fijó línea alguna entre los dos predios enfrentados. Se abstuvo de fijarlos, y ya se copió atrás lo que el Tribunal expresó como razones de esa abstención.

Ya se dijo que no hay necesidad de estudiar el caso sobre si la actora era simplemente comunera; pero es preciso considerar el tema sobre prescripción.

Prescripción:

Insistió mucho el demandado sobre esta materia, denunciando que tenía a su favor la excepción de prescripción extintiva de la acción, y también la excepción de prescripción adquisitiva; y aunque él abandonó ante el Tribunal estos postulados, la Sala quiere expresar unos ligeros conceptos sobre el particular.

La fijación de linderos está catalogada en el Código dentro de las servidumbres legales, aunque se

sostenga en doctrina que no es servidumbre. Y si lo es, está adherida de modo consustancial al dominio, es atributo de éste, y puede reclamarse en todo día. En cualquier tiempo esa acción puede ser invocada. "El derecho que tiene todo propietario a exigir que se fijen los límites que lo separan de los predios colindantes y exigir a los respectivos dueños que concurran a ello, puede o no ser ejercido por el propietario libremente; y si no lo ejercita, no por eso su omisión confiere a los propietarios colindantes una posesión que les permita prescribir en su contra. Se trata, por lo tanto, de un acto de mera facultad, comprendido en el dominio, y que ese propietario puede ejecutar en lo suyo sin necesidad del consentimiento del otro. Las excepciones de prescripción indicadas no podrían, pues, oponerse contra la acción de demarcación que interpone el propietario de uno de los predios cuando lo estima conveniente, cualquiera que sea el tiempo transcurrido en que dejó de intentarla" (Claro Solar "Derecho Civil". IX, pág. 115).

En cuanto a la prescripción adquisitiva, se expresa. Bien se puede decir que la servidumbre de demarcación puede entrañar una cuestión de dominio. ¿Hay necesidad de correr o desviar una línea que se tenía como limítrofe. Pues se atribuye así al predio contrario una porción de tierra que ha quedado al margen del deslinde. Desde que la línea aparente o dudosa sea variada, ha de quedar fuera de ella una sobra de tierra que el otro predio aprovecha, pero sin que se pueda decir que hay de por medio una acción reivindicatoria; no: son las consecuencias del deslinde mismo, dentro del cual no se puede pedir adjudicación de determinada faja, porque ello constituiría acción de dominio. Y no cabe esa petición, ni por este concepto se llega a ser dueño de la faja dejada al margen de la línea discutida, precisamente porque lo primero que hay que establecer en la acción de dominio es la identidad de la cosa, y si se está en presencia de una línea dudosa, que sólo se aclaró con el deslinde, la identificación resulta imposible como prueba anterior a esa definición de la línea.

Desde el momento en que las partes se entrelazan o conectan dentro de un juicio de deslinde, se aceptó por ellas que hay de por medio una línea divisoria dudosa entre los dos predios, que sólo se define con la sentencia, y de esta suerte uno y otro predios están indeterminados, al menos en parte de su cerramiento; y el fenómeno de la prescripción no puede operar, salvo en caso excepcional que la Corte contempló como motivo de oposición a la línea fijada, según se dirá adelante.

Dictada la sentencia que pone fin a la litis y que define con el carácter de cosa juzgada la línea divisoria de los predios, entonces sí se abre campo para las cuestiones de dominio que los mismos interesados quieran promover.

Es por ésto que la doctrina tiene afirmado como verdad jurídica que hay diferencia sustancial entre la acción de deslinde y la de dominio, y que no se pueden confundir estas dos acciones.

En relación con estos puntos de vista, la jurisprudencia de esta Corte ha insistido acerca de que dentro del juicio ordinario de oposición al deslinde no se pueden discutir cuestiones de dominio, porque tal juicio debe concretarse a aceptar o modificar la línea ya fijada en el de apeo. Mas como punto doctrinario, la Corte ha contemplado el caso de que dentro de ese juicio ordinario se puedan estudiar hechos sobre una posesión que dé cabida al fenómeno de la prescripción. Dice ciertamente, después de afirmar que son distintas las acciones de dominio y de deslinde: "Pero no se vé una razón práctica para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado de apeo, no pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de algunos de ellos, o bien, hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. En el juicio ordinario, cuya ventilación prevé el artículo 870 del C. J., bien pueden debatirse tales cuestiones, que dicen ya orden al dominio, como motivos de la oposición a la línea, oposición prevista inmediatamente por el artículo 869 ibidem". (G. J. Nº 1924, pág. 124).

Mas en el presente caso, no hay lugar a hacer estudio de este punto de vista que por excepción plantea la Corte, ya que la parte demandada, según se dejó anotado atrás, no presentó demanda de oposición al deslinde practicado, donde hubiera podido alegar y sostener los hechos de dominio que contradijeran ese deslinde practicado,

El Juez, en el juicio sumario llamado de apeo, fijó la línea de demarcación de los dos predios, y esa línea se presume definitiva si las partes no se oponen a ella. Aquí se opuso el actor, y presentó su demanda correspondiente. El demandado también se opuso, pero no formalizó su oposición de acuerdo con la ley, no obstante que el Juez le anotó esa falta. Y no se presentó entonces la oportunidad a la parte actora de discutir los hechos que hubieran podido dar margen a una prescripción, ni se presentó la oportunidad al Juzgador para estudiar el punto de derecho sobre la procedencia de la excepción de

que se ha tratado. No le es dable a la Corte, entonces, según ella misma lo dice en el fallo que se dejó citado, entrar en la consideración de una prescripción que no fué alegada ni debatida como hecho fundamental contra la línea que inicialmente había sido fijada.

Fuéra de que la alegación sobre esa prescripción adquisitiva que alega el demandado se reduce a anotar que varios testigos afirman que hace más de veinte años existe un cerco entre las dos propiedades enfrentadas, con lo cual no se plantea en derecho una excepción relacionada con el deslinde practicado. Dice ciertamente el demandado que basa la excepción de prescripción adquisitiva en que él tenía la posesión de su predio Santa Lucía por las cercas que lo encierran, con término suficiente para alcanzar una prescripción adquisitiva, lo cual se prueba con los testimonios de varios testigos quienes declaran, "unos que hace más de veinte años, y otros más de treinta que conocen la cerca de los predios". Y se ocurre preguntar: ¿a cuál cerca se refiere ésto, a la que está en debate o a la que encierra toda la finca? Y si se refieren a lo primero, con las afirmaciones sobre una cerca entre los dos predios no se prueba la posesión sobre un lote determinado.

La línea divisoria:

En busca de la línea limítrofe entre los predios de los litigantes, en la parte controvertida, se decretaron tres inspecciones oculares, a saber: la primera en el período preliminar del juicio, en la cual señaló el Juzgado una línea que no fué aceptada por ninguna de las partes; la segunda practicada en el período de objeciones, presidida por el Juzgado, en la cual se fijó una línea cuyos puntos básicos no fueron aceptados por el demandado; y la tercera realizada en la segunda instancia del juicio, presidida por el Tribunal, en la cual se señaló una demarcación con que la parte demandante no se conformó, pues pidió aclaración.

1ª—La primera inspección se decretó con peritos, pero a última hora éstos no intervinieron, y fué el Juez, sin colaboración extraña, quien fijó la línea.

Dice el Juez que las partes están de acuerdo y aceptan que la línea que va de la cima de la loma Chaparrosa y sigue por la misma loma hasta donde hay una puerta de campo, es el límite entre los predios Balsillas y Santa Lucía. Y agrega: la dificultad está en saber cuál es la Quebrada de los Quevedos y el charco del Guayabo, pues definiendo estos puntos el límite en disputa sería una recta que uniéndolos lleve una dirección hacia el occidente.

Entra después el Juez a hacer examen de las declaraciones recibidas durante la diligencia, y balanceándolas expresa: de todo esto se concluye que en realidad la quebrada los Quevedos es la que arranca del morro alto, más próximo al cauce de la quebrada Cocaca, un poco arriba de la confluencia de esta quebrada en Aico. Mas dice que las escrituras expresan que la quebrada de Los Quevedos desemboca en Aico y no en Cocaca, lo cual explican los testigos por una desviación de Aico hacia su margen izquierda. En todo caso, formando concepto por lo observado, y por lo que dicen los testigos, el Juzgado fijó estos linderos:

"La línea llamada a deslindar los predios de Santa Lucía y Balsillas es la que partiendo de la cima de la Loma Chaparrosa sigue en dirección occidente hasta la terminación de la misma Loma Chaparrosa; de aquí, en la misma dirección occidental, hasta el morro alto de peñón más próximo al cauce de la quebrada de Cocaca; de este morro más inmediato al cauce de dicha quebrada, tomando las cabeceras de la quebrada de los Quevedos siguiendo quebrada abajo hasta su desembocadura en la quebrada Cocaca; de aquí, quebrada de Cocaca abajo hasta su desembocadura en la quebrada de Aico y Aico abajo hasta el charco de los Guayabos".

2ª—La segunda inspección ocular, presidida por el mismo Juzgado de la primera, aunque no por el mismo Juez, fué practicada con la colaboración de peritos, entre los cuales no hubo desacuerdo.

Dice la diligencia que se identificó primeramente el mojón de la loma Chaparrosa, situado en la cima de la misma, y de aquí se partió en dirección occidente, bajando esa loma a buscar un morro alto de peñón, al lado del cual existen otros morros que no son propiamente de peñón. Dice que la parte demandante sostiene que la quebrada de Los Quevedos, con buen caudal de agua, desemboca en la quebrada de Aico, como dicen las escrituras mientras que la parte demandada sostiene que Los Quevedos es de poca extensión, no tiene caudal de agua para que se le pueda llamar quebrada, es un hilo imperceptible y desemboca en Cocaca y no en Aico. Y observa el Juez que si se tomara esta última vertiente como la quebrada de Los Quevedos, habría que descartarla como lindero, pues desemboca en Cocaca, más arriba del charco del Guayabo lo que sería absurdo. Dice además que el lindero sería más bien la primera corriente señalada. Por último, dice el Juez que no encuentra aceptable la razón de la primera inspección acerca de que la quebrada Aico

se desvió hacia la izquierda, pues no existen vestigios de ello.

Los peritos rindieron especial dictamen. Dicen que tanto en los títulos como en la anterior diligencia de deslinde se indica que la línea divisoria parte de la loma Chaparrosa o de la cima de ésta y sigue en dirección occidental hasta la terminación de esa loma y de allí en la misma dirección occidental hasta encontrar un morro alto; que no se define o no está precisada tal dirección en forma alguna, lo que podría tenerse como una de tantas direcciones occidentales que caben en el cuadrante Norte-Oeste; pero que esta vaguedad desaparece cuando además de la dirección occidental se fija sobre el terreno un punto natural bien definido como un morro alto. Que si hay varios cerros y se habla del morro alto, hay que entender que es el más alto, y que éste se encuentra a 33º 50' al occidente o al noroeste del mojón de la loma Chaparrosa.

Dicen por otra parte que la quebrada de los Quevedos es la que nace al pie del morro más alto, o en sus inmediaciones, que tiene mayor recorrido y desemboca directamente en la quebrada Aico.

Dicen también que el mojón de la loma Chaparrosa es punto en que están de acuerdo las partes, como están de acuerdo en la línea que marca el cerco que deslinda los dos predios hasta la terminación de la loma Chaparrosa, de manera que hay que reconocer que ésta termina bajando como a unos treinta metros antes de llegar el cerco a la puerta que conduce a la casa de la hacienda Santa Lucía. De este punto siguiendo la misma dirección occidental, al morro peñoso más alto. Y terminan así: "De manera que declaramos también que la línea divisoria entre los predios mencionados pasa por este morro más alto; de aquí buscando las cabeceras de la quebrada que nace en las inmediaciones del morro más alto, que reconocimos como la de los Quevedos, siguiendo esta quebrada aguas abajo hasta la desembocadura a la quebrada de Aico, teniendo un recorrido como de un kilómetro (1 km.); de aquí siguiendo la alinderación del lote de Balsillas que dice: Siguiendo la quebrada de Aico aguas arriba a dar a la rabiza del charco del Guayabo, primer punto de partida. Aquí se cierra perfectamente el polígono de la alinderación".

No aparece que las partes hubieran objetado este dictamen.

El Juez, como consecuencia de lo probado, después de declarar sin valor la línea señalada en la etapa preliminar del juicio, fijó los siguientes linderos:

"Declárase que la línea divisoria de los predios colindantes conocidos en este juicio con los nombres de "Balsillas o Limón" y "Santa Lucía", es la siguiente: "Partiendo de la cima de la loma Chaparrosa, se sigue en dirección occidente hasta la terminación de la misma loma Chaparrosa; de aquí, prolongando esta línea, en la misma dirección, hasta el morro más alto de los tres que se dice existen allí; de aquí tomando la cabecera de la quebrada de los Quevedos, considerando como quebrada de los Quevedos la que nace más cerca del morro más alto, ésta abajo hasta su desagüe en la quebrada de Aico, y ésta arriba hasta el charco del Guayabo en donde no hay litis y de donde parte el primer lindero".

Comparando linderos de las dos inspecciones se encuentra lo siguiente:

No hay diferencia en la parte de la línea que dice:

Partiendo de la cima de la loma Chaparrosa se sigue en dirección occidente hasta la terminación de la misma loma Chaparrosa; de aquí en la misma dirección occidental.

1ª *inspección* hasta el morro alto de peñón más próximo al cauce de la quebrada Cocaca.

2ª *inspección* hasta el morro más alto de los tres que existen allí.

(Es casi igual la leyenda: pero en el un caso se determina el morro alto, señalándolo como cercano a la quebrada Cocaca; y en el otro, se le determina entre los tres morros que allí existen).

1ª *inspección* de este morro, tomando las cabeceras de la quebrada Los Quevedos;

2ª *inspección* de este morro tomando la cabecera de la quebrada Los Quevedos considerando como esta quebrada la que nace más cerca del morro más alto; (La diferencia consiste en que en la segunda inspección se determina la quebrada Los Quevedos).

1ª *inspección*. Siguiendo esta quebrada abajo hasta su desembocadura en la quebrada Aico.

2ª *inspección*. Esto mismo dice esta inspección.

1ª *inspección*. y quebrada Aico abajo hasta el charco de Los Guayabos.

2ª *inspección*. y quebrada Aico arriba hasta el Charco de El Guayabo.

(De aquí sí resulta una sustancial diferencia, pues en la primera inspección se habla de Aico *abajo*, mientras que en la otra se habla de Aico *arriba*).

De esta suerte, entre las dos inspecciones se pueden anotar estas diferencias:

La una determina lo que es el morro alto, señalándolo como el cercano a Cocaca; la otra lo determina diciendo que es el más alto de los tres que allí existen.

La una habla de la quebrada Los Quevedos, pero la otra dice cuál es esa quebrada.

La una hace seguir el lindero Aico abajo, y la otra Aico arriba.

El Juez en la sentencia de primera instancia explica estas diferencias así:

Morro alto no hay sino uno, pues los otros no son altos con relación al primero, ni los otros dos son de peñón.

Como quedó establecido claramente en la inspección —dice el Juez— la quebrada de Los Quevedos no puede ser otra que aquella que nace cerca del peñón alto que tiene una extensión considerable y que desemboca en la quebrada Aico; no la otra con longitud muy reducida y con caudal muy exiguo y que desemboca en Cocaca.

Y en cuanto a la otra diferencia, dice simplemente: si se toma la palabra "abajo" en vez de la de "arriba" no se cerraría el perímetro del predio de Balsillas.

3ª—La tercera inspección ocular fué presidida por la Sala Civil del Tribunal, con la colaboración de peritos, quienes, después de asistir a la diligencia, que duró tres días, rindieron por unanimidad su dictamen, el cual acompañaron de un croquis sobre los linderos en diferencia.

Tiene interés esta inspección por la circunstancia de que en ella se tuvo en cuenta un documento firmado por anteriores dueños de los predios enfrentados, documento que fué tachado de nulo y falso, sin que esta acusación hubiera prosperado, pues se le declaró válido. Dice ese documento que inadvertidamente uno de los interesados "anticipó con peones una parte de cerca de alambre en las colindancias de Balsillas y Santa Lucía, por las cuales encerró dos pequeñas fajas de tierra antes de llegar a un morro", y que después de ésto se convino con el otro interesado en seguir construyendo los cercos "por el filo de la Chaparrosa frente a Primavera hasta la quebrada Aico". El documento habla de "las colindancias en la parte correspondiente de oriente a occidente de las fincas citadas".

En su dictamen los peritos dijeron:

"En vista de las alinderaciones de escrituras que hemos tenido al estudio y los varios conceptos de testigos y antiguos conocedores de la región, conceptuamos que la línea divisoria entre Santa Lucía y Balsillas es la que partiendo del mojón de la base de la loma Chaparrosa sigue "la misma dirección" del alineamiento de la loma. Esta línea no coincide exactamente con el cerco de alambre que actualmente los separa pero sí va a terminar en la desembocadura de las quebradas reunidas de Quevedos y Cocaca en la de Aico, cerca del charco del Guayabo. Además tenido a la vista el acta de convenio celebrado entre el señor J. de la C. Vidales y Mercedes Bustos de Moncaleano en diciembre de 1917, antiguos propietarios de las Haciendas de Santa Lucía y Balsillas y en virtud del cual quedó localizada o acordada la situación del cerco de alambre divisorio de las dos propiedades, cerco que aún existe y que aparece muy próximo a la línea arriba señalada como limítrofe, y que según se desprende de declaraciones que obran en la diligencia, ha sido aceptado por todos los colindantes anteriores, sin modificación".

De lo dicho se desprende que los peritos señalaron la siguiente línea, en la región a que la diferencia se concreta:

La que partiendo del mojón de la loma Chaparrosa sigue la misma dirección occidental de esta loma y va a terminar en línea recta a la desembocadura de las quebradas reunidas Quevedos y Cocaca en la de Aico, cerca del charco del Guayabo.

Acerca de este charco expresa el acta de la diligencia que el personal tomó por la margen derecha de la quebrada de Aico, hasta un charco en que ambas partes estuvieron de acuerdo que era el charco de los Guayabos.

Sobre esta línea habían dicho antes los peritos:

"Todos los linderos coinciden al expresar que la línea de rumbo occidental que sigue adelante del mojón de la base de la loma Chaparrosa conserva la misma dirección del alineamiento que baja por sobre la loma Chaparrosa".

Quiere esto decir que estos peritos, como los anteriores, aceptan que la línea parte del mojón clavado en la cima de la loma Chaparrosa, y sigue por esta loma en dirección occidental, hasta donde ella termina.

En el acta de la inspección se lee que las partes están de acuerdo en que la línea sigue en dirección occidente hasta donde la loma termina.

De aquí en adelante se debe cumplir la condición de que la línea *sigue la misma dirección*, es decir, la occidental. Y dicen los peritos que para esta línea se adoptó el mismo rumbo, y que la línea "se aproxima considerablemente al cerco de alambre que actualmente divide las dos haciendas y va a terminar en las proximidades de la actual desembocadura de las quebradas de Quevedos y Cocaca en Aico.

Se desprende de ésto que la línea, una vez recorrida la loma Chaparrosa occidentalmente, se prolonga cercana al cerco de alambre actual, que divide las haciendas, y va en línea recta hacia las pro-

ximidades de la desembocadura de las quebradas Quevedos y Cocaca en Aico".

Dicen los peritos: "Este alineamiento pasa cercano al flanco sur del morro alto peñoso a que posiblemente se refieren las alinderaciones de títulos cuando dicen que "del mojón de la base de la loma Chaparrosa y en la misma dirección del alineamiento de la loma, se va a un morro alto peñoso".

Se desprende de ésto que los peritos no encuentran razón para llevar la línea a un morro alto peñoso, sino que la acercan a uno de los flancos del morro. Y el fundamento de ésto se lee en el acta de inspección que dice, al comentar la frase usada en las escrituras de que se sigue la misma dirección "hasta el morro alto peñoso", lo siguiente: "El Tribunal deja constancia de que si se sigue la misma dirección occidental que se trae de la cima de la loma Chaparrosa, no se llega a ningún morro alto de peñón, pues en esta región existen cuatro morros de peñón de derecha a izquierda". Y agrega: "con una ligera desviación de la línea de prolongación occidental hacia la derecha, se encuentra el primer morro alto de peñón".

Los peritos dicen que sólo haciendo un quiebre de la línea, desviándola de la dirección oriente occidente y abandonando las voces de las escrituras cuando hablan de "la misma dirección", se podría llegar al cerro más alto de los de ese sector.

Y esa desviación no la adoptan los peritos, quienes expresan sobre el tema: "Por morro alto no debe entenderse el más alto de los de la serie de morros existentes en el costado del lindero de las dos haciendas, pues no está explícitamente dicho o anotado en ninguno de los títulos".

Agrega el acta de la inspección: "siguiendo de este peñón en una dirección noroeste y a una distancia de ciento cincuenta metros más o menos, se hallan las cabeceras de una quebrada que es la que la parte demandada denomina Los Quevedos".

Y dicen los peritos que "la quebrada de Los Quevedos es la que nace en la loma baja cerca al morro más occidental fijado antes como lindero. Esta quebrada lleva agua aún en este fuerte verano".

Por último, los peritos amplían y sintetizan su concepto, sobre la alinderación en diferencia, así: "En todos los títulos o escrituras que se nos pusieron de presente para el estudio de la alinderación, quedaron establecidos claramente dos puntos, que además son reconocidos y aceptados por las partes, y son: el punto conocido por alto de la loma Chaparrosa, y el denominado mojón del Llano o Payandé, cerca de la puerta sobre el camino a Santa Lucía; también dicen tales escrituras que *siguiendo la misma dirección* de la línea antedicha, el lindero vá a parar a un cerro alto peñoso; siguiendo la alineación general que tienen los puntos Alto de la loma Chaparrosa y el mojón de Payandé la cual tiene rumbo N 52º 50' W., esta prolongación pasa muy cerca de un morro alto, el cual se halla a unos mil metros del mojón de Payandé; tomando esta recta como base, haciendo estación en el sitio de dicho mojón solamente hay que deflectar 4º 40' hacia la derecha para hallar el centro de dicho morro, que sin duda es el determinado por las escrituras por hallarse más próximo a la línea Oriente-Occidente que parte del punto alto de la loma Chaparrosa y pasa por el mojón de la terminación de la loma Chaparrosa, ya que la dirección de esta línea es la más occidental que puede trazarse con los datos suministrados por las escrituras, hacia los puntos *morro alto* y *morro más alto* origen de la divergencia".

La Sala, como Juez fallador, debe adoptar la alinderación de que trata la diligencia de inspección practicada en segunda instancia, por estas razones:

1ª—Porque si es verdad que del dictamen pericial se pidió ampliación y aclaración, no fué objetado;

2ª—Porque este dictamen coincide en muchos de sus datos con el anterior y con la línea fijada por el Juez en la etapa preliminar del juicio;

3ª—Porque este dictamen tuvo en cuenta el documento sobre linderos, firmado hace muchos años por antecesores en el dominio de los dos predios enfrentados, documento en que se habla de una cerca de alambre que fué levantada precisamente en la zona de la diferencia, y la cual cerca ha sido conocida como lindero entre las dos fincas desde hace más de veinte años por testigos vecinos de la comarca; y la línea fijada por los peritos se acerca mucho a ese lindero de alambre;

4ª—Porque el dictamen de los peritos guarda armonía con lo expuesto en el acta de inspección ocular como observaciones del Tribunal;

5ª—Porque la inspección fué presidida por los tres Magistrados de la Sala Civil del Tribunal, de manera que la realidad geográfica de la región pasó por los ojos de muchos jueces, lo que asegura el mayor acierto a que la justicia puede aspirar;

6ª—Porque los peritos ilustraron su dictamen con un croquis científico, muy preciso en sus lineamientos y consideraciones; y

7ª—Porque en ese croquis se muestra lo desacertado que es sostener que la línea ha de pasar por el "morro más alto", lo cual ha sido el punto céntrico de la controversia.

En vista 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 del Tribunal Superior de Ibagué, de fecha tres de febrero de mil novecientos cincuenta, y confirmando en parte la de primera instancia, decide en definitiva el presente asunto de la manera siguiente:

Primero.—Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

Segundo.—Teniendo como fundamento de este fallo el croquis de los peritos ingenieros Manuel Almanza, Alfonso Luna C. y Pio B. Poveda, presentado por éstos con su dictamen de trece de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, y que se halla al folio 32 del cuaderno Nº 7, se señala como línea divisoria entre los predios colindantes conocidos en este juicio con los nombres de "Balsillas y Limón", de un lado, y del otro "Santa Lucía", la que partiendo de la parte alta de la loma Chaparrosa, donde hay un mojón, sigue en dirección occidental de esa loma hasta que ella termina en un mojón del Llano o Payandé; de este punto se sigue en línea recta hacia la confluencia de las quebradas Quevedos y Cocaca en la quebrada Aico, cerca al charco del Guayabo o de los Guayabos.

Para el amojonamiento de la línea el Juez tendrá en cuenta el croquis y el dictamen pericial de que se acaba de hablar.

Tercero.—Regístrese este deslinde en el Libro 1º de la Oficina correspondiente, y cancélese la inscripción de la demanda.

Cuarto.—No se accede a las demás solicitudes de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez— Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

CASACION POR ERRONEA APRECIACION DE INDICIOS. — DIFERENCIAS ENTRE LAS CAUSALES PRIMERA Y TERCERA DE CASACION. — CUANDO EN UN JUICIO SE INVOCAN LAS ACCIONES DE NULIDAD Y RESTITUTORIA, PARA QUE ESTA ULTIMA PROSPERE ES NECESARIO QUE ESTE ESTABLECIDO QUE EL REO ES POSEEDOR DEL BIEN O BIENES PERSEGUIDOS EN REIVINDICACION

1.—Cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende esta tesis de las normas que regula el artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que la constituyen y el que se trata de averiguar.

2.—De acuerdo con las propias palabras del recurrente, unas restituciones no se decretaron porque el Tribunal conceptuó que faltaban pruebas sobre la posesión, y otras, porque consistiendo los bienes en cuotas indivisas, no se sabe sobre qué partes ha de versar la restitución. Y quedaba entonces señalado para el recurrente el camino a seguir: alegar y mostrar que la posesión sí estaba probada, y alegar que pueden reivindicarse cuotas determinadas proindiviso de una cosa singular, de acuerdo con el artículo 949 del C. C.

No era, pues, la causal 3ª de casación la que ha debido invocarse aquí, sino la causal 1ª, por infracción directa de aquel texto legal, y por haber incurrido el Tribunal en errores al considerar las pruebas sobre posesión.

3.—Un fallo en que se declara en abstracto que por motivo de nulidad declarada las cosas vuelven al estado primitivo y el actor es dueño de los bienes a que el contrato se refiere, no es contradictorio al declararse en el mismo que sobre algunos bienes no se puede decretar la restitución, por falta de prueba de la posesión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, quince de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Historia:

En este reconstruído proceso, desarrollado entre familiares íntimos, es preciso seguir con atención el siguiente itinerario de fechas y de acontecimientos, porque sin duda contribuyó él a la formación del criterio del juzgador, y para aclarar el curso del negocio:

1.—1888—Primer matrimonio de Antonio Dorsonville, demandante, con Clementina Acero.

2.—1889—Nacimiento de Manuel Antonio Dorsonville, hijo de Antonio Dorsonville y Clementina Acero.

3.—1889—Antonio Dorsonville firma a favor de María Zárate un documento en que se declara deudor de ésta por la suma de $ 3.000 "con el objeto de invertirla en la adquisición de una casa, de modo que la restitución del dinero no se podrá verificar sino en esa forma, es decir, en una finca raíz de ese valor". Lo demás del documento se verá adelante.

4.—1901—Nacimiento de Mario Dorsonville, hijo fuéra de matrimonio, de Antonio Dorsonville y María Zárate.

5. — 1902—Nacimiento de Carlos Dorsonville hermano, fuéra de matrimonio, del citado Mario.

6.—1907—Enero 25: otorgamiento de la escritura Nº 51, Notaría Primera de Bogotá, por la cual Antonio Dorsonville protocolizó el documento en que reconoce haber recibido de María Zárate la suma de $ 3.000 "con el objeto de invertirla en la adquisición de una casa", de que se habló en el número 3.

7.—1907—Enero 25: otorgamiento de la escritura 50, Notaría Primera de Bogotá, en que Antonio

Dorsonville declara: a) Que recibió de la Zárate $ 3.000, con el objeto de edificarle "una casita en esta ciudad"; b) Que ha convenido con la Zárate, "por la depreciación de la moneda, estimar la suma ya dicha en $ 100.000 papel moneda, que paga hoy mismo a la citada señorita transfiriéndole a título de venta con pacto de retroventa la hacienda denominada Buenavista, ubicada en Villavicencio", y otros bienes allí enumerados. Y la compradora declara cancelado el documento.

8.—1912—Por escritura 1290, Antonio Dorsonville dijo vender a la Zárate dos casas de la calle 19, la cual escritura fué declarada nula en su fondo, junto con la número 601 de 1917 que se refiere a las mismas casas de la calle 19.

9.—1917—Se otorgó la escritura 601 a favor de la Zárate, sobre las dos casas de la calle 19, a que se refiere el número anterior, también declarada nula en el fondo.

10.—1919.—20 de junio: Muere la Acero, primera esposa de Antonio Dorsonville.

11.—1919—6 de noviembre: otorgamiento de la escritura 772, muy interesante por las estipulaciones en ella de Antonio Dorsonville y María Zárate. Los detalles de esta escritura se estudiarán adelante.

12.—1919—8 de noviembre: Antonio Dorsonville se casa en segundas nupcias con María Zárate de quien ya había tenido dos hijos, después de haber otorgado la escritura 772, citada en el número anterior.

13.—1927—19 de julio: sólo en esta fecha, al cabo de varios años de extendida, se registró la escritura 772 a que se refiere el número 11.

14.—1928—26 de octubre: Por escritura 2009, Notaría Quinta de Bogotá, Carlos y Mario Dorsonville aceptan la escritura 772 que se acaba de citar. Habían transcurrido diez años desde su otorgamiento.

15.—1930—29 de abril: En esta fecha presentó demanda ordinaria Antonio Dorsonville en la cual pide, con audiencia de la Zárate, que se declaren nulos los contratos de que dan cuenta las escrituras 1290 de 1912 y 601 de 1917 (números 8 y 9).

16.—1939—24 de octubre: Por escritura 3512 la Zárate y sus hijos Carlos y Mario declaran: que aquélla es usufructuaria de la finca Buenavista y sus hijos nudos propietarios de la misma, al tenor de la escritura 50 de 1907, citada en el número 7; que los tres comparecientes han convenido en lo siguiente: los hermanos Dorsonville se obligan a pagar a su madre una pensión mensual de $ 50 durante toda la vida de ella; la Zárate como precio de la renta transfiere a sus hijos el usufructo de la finca, "usufructo que estima de $ 3.000 calculado este precio sobre la probable vida que a ella la resta". Y se agrega: "De esta suerte los nudos propietarios hasta hoy de ese inmueble quedan como plenos y absolutos propietarios".

17.—1939—27 de diciembre: Por escritura 494 los citados hermanos Carlos y Mario Dorsonville venden a su hermano medio Manuel A. Dorsonville Acero, citado en el número 2, la cuarta parte de la hacienda Buenavista, en la cual se comprenden también los globos llamados "Servitá" y "Cornetal", por la suma de $ 3.500. Y manifiestan los vendedores que adquirieron la hacienda, así: la nuda propiedad por compra a Antonio Dorsonville según escritura 772 citada en el número 11; y el usufructo por contrato celebrado por escritura 3512 de que dá razón el número 16.

18.—1940—Por escritura 177 Carlos Dorsonville vende a su hermano Mario el derecho que tiene sobre Buenavista, venta que hace por $ 4.000.

19.—1941—El Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia sobre las casas de la calle 19, a que se refieren los números 8 y 9, declaró que son absolutamente nulos los contratos recogidos en las escrituras anotadas en tales números, y dispuso que las casas fueran restituídas por la Zárate a Antonio Dorsonville. Esta sentencia no fué casada.

20.—1942—El Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia de 2 de mayo, dictada en el juicio posesorio de Antonio Dorsonville contra Carlos y Mario Dorsonville, condena a éstos a entregar a aquél la hacienda de Buenavista. La sentencia fué registrada en la Oficina de Villavicencio el 6 de septiembre de 1943.

21.—1943—14 de abril: En esta fecha se aceptó la demanda presentada por Manuel A. Dorsonville, citado en el número 2, y uno de los demandados en el juicio que se estudia, en la cual demanda se pide que se declare que la hacienda Buenavista, los predios de "Servitá" y "Cornetal" y otros bienes, pertenecen al haber de la sociedad conyugal formada por Antonio Dorsonville y Clementina Acero (Número 1 de atrás). En esa demanda, hecho 8º, se dice que Antonio Dorsonville "para distraer y ocultar del patrimonio social los bienes enumerados los transfirió dolosamente a su concubina, señorita María Zárate, por medio de la escritura 50 (número 7), y de otras.

22.—1943—10 de julio: El Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia, confirmando la del Juzgado, por la cual no se hacen unas declaraciones pedidas por Antonio Dorsonville contra sus hijos

Mario y Carlos, pero se advierte lo siguiente: "No sobra advertir que quedan a salvo las acciones de simulación o de nulidad contra lo pactado en las referidas escrituras 50 y 772" (números 7 y 11).

23.—1946—Muere la señora Zárate.

Primera instancia del presente juicio

Por medio de apoderado, Antonio Dorsonville propuso demanda contra su segunda esposa María Zárate, y contra sus hijos Carlos y Mario Dorsonville Zárate y Manuel Antonio Dorsonville Acero, en la cual se pide, sintéticamente:

Primero.—Que son absolutamente nulas las declaraciones y convenciones que contiene el documento privado que se protocolizó por la escritura 51, historiada en el número 6 de atrás.

Segundo.—Que son nulas, con nulidad absoluta, las declaraciones y convenciones de la escritura 50, historiada en el número 7.

Tercero.—Que son absolutamente nulas las declaraciones y convenciones de la escritura 772, historiada en el número 11.

Cuarto.—Que son absolutamente nulas las declaraciones y convenciones de las escrituras 3512 (número 16 de atrás), 449 (número 17) y 177 (número 18).

Quinto.—Que deben cancelarse las escrituras mencionadas y sus inscripciones.

Sexto.—Que como consecuencia "mi poderdante queda restituído a la situación jurídica que tenía antes del otorgamiento de los instrumentos públicos cuyas declaraciones y convenciones demando. O lo que es lo mismo, que mi dicho poderdante es el dueño de todos los bienes materia de las declaraciones y convenciones que contienen las mencionadas escrituras".

Séptimo. — Que los demandados sean condenados a la restitución de la hacienda Buenavista y demás bienes que se especifican en la escritura 772, con sus frutos naturales y civiles, restitución que comprenderá: I.— La mitad proindiviso de la cuarta parte de una sexta parte, también proindiviso, de dos globos de terreno, el uno marcado con la letra A, del Municipio de Medina, y el otro marcado con la letra B, de los Municipios de Medina y Villavicencio, marcas tomadas de los respectivos planos topográficos. II.—Dos globos de tierra situados en el Municipio de Villavicencio, en los parajes llamados "Servitá" y "Cornetal".

III.—La hacienda de Buenavista, situada en Villavicencio. IV.—Unos derechos y acciones en la Comunidad de Apiay. Todo lo cual tiene sus linderos correspondientes.

Entre los hechos de la demanda se deben mencionar los siguientes:

Después del divorcio el actor se hizo a varios bienes, y como ingnorara que su mujer divorciada no tenía derecho a participar de esos bienes, a fin de evitar ésto tomó concepto de algún abogado, quien le aconsejó hacer un traspaso de confianza de todos sus haberes a persona que se la mereciera (hechos 5º, 6º, 7º y 8º), y al efecto designó a la señorita María Zárate, a cuyo favor le hizo extender las siguientes escrituras historiadas atrás:

La 50 de 1907, sobre el inmueble llamado Buenavista y otros bienes;

La 51 del mismo año, sobre protocolización de un documento;

La 1290 de 1912, sobre las dos casas de que ya se habló; y

La 601 de 1917 sobre las mismas casas.

Ninguno de los contratos de que aquí se trata tuvo existencia real, pues faltaron en ellos consentimiento, causa y precio, por lo cual los consignados en las dos últimas escrituras, una vez acusados por el actor, fueron declarados nulos.

A las estipulaciones de la escritura 772 les faltaron también consentimiento, causa y precio, y los supuestos compradores Mario y Carlos Dorsonville, menores de edad, tenían la condición de hijos respecto de los supuestos vendedores.

La señora de Dorsonville, y sus dos hijos, lo mismo que el hijo del primer matrimonio, Manuel Antonio Dorsonville, resolvieron formar un solo frente, se confabularon contra el actor, su padre y esposo de la señora Zárate, para despojarlo de sus bienes, y se dieron a otorgarse entre sí escrituras, dificultando el ejercicio de los legítimos derechos del actor (hechos 23, 24 y 25), y fué así como se extendieron las siguientes:

La 3512, por la cual la Zárate manifiesta transferirles a sus hijos el usufructo que dijo reservarse en la escritura 772 (número 16).

La 494, por la cual Mario y Carlos Dorsonville dijeron transferir a su hermano medio Manuel An-

tonio una cuarta parte de derechos en la hacienda de Buenavista (número 17).

La 177, por la cual Carlos Dorsonville manifiesta vender a su hermano Mario sus derechos en la referida hacienda (número 18).

Pero todos los otorgantes sabían, al firmar las escrituras, que se trataba de estipulaciones completamente imaginarias (hecho 26).

Los demandados Mario y Manuel Antonio Dorsonville tienen en su poder buena parte de la hacienda Buenavista, porque habiéndola dado el actor en arrendamiento a Nicolás Navarro y a su hijo Carlos, hubo connivencia entre los demandados y el dicho Navarro para que, abandonando éste la finca, los otros se quedaran con ella (hecho 27).

El contrato de arrendamiento lo firmó el actor, hallándose en Bogotá, enfermo de cuidado, y como no sospechó malicia por parte de los demandados, pasó por alto su lectura, y no reparó en el texto del contrato, cuyos linderos fueron maliciosamente cambiados, dejando por fuéra una extensión de la hacienda, y por éso apenas le fué restituída una parte después de que alcanzó éxito en la acción de lanzamiento (hecho 23).

Y termina la demanda con ésto, textual:

"Los demandados se han confabulado contra el actor para arrebatarle la hacienda de Buenavista con sus valiosos ganados y dependencias, con pleno conocimiento de que las escrituras a ellos otorgadas por el actor fueron todas de confianza" (hecho 33).

Los demandados se opusieron a las peticiones de la demanda, y no aceptaron ninguno de los hechos aquí enunciados; y a su turno, Mario y Manuel Antonio Dorsonville contrademandaron a su padre, pidiendo que se hicieran estas declaraciones principales:

Primera: Que ellos tienen mejor derecho que su padre al dominio de los bienes inmuebles que son objeto del juicio; y

Segunda: Que Antonio Dorsonville debe entregar esos inmuebles a los contrademandantes.

Entre los hechos de esta demanda de reconvención se encuentran éstos:

Que los contrademandantes son dueños de los inmuebles a virtud de las escrituras 177, 494, 3512 y 772 historiadas atrás.

Que la hacienda de Buenavista le fué entregada judicialmente a Antonio Dorsonville a virtud de providencias dictadas en juicios sumarios y actualmente la tiene en su poder.

El Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá desató la litis en la primera instancia, absolviendo a los demandados y a los contrademandados. Y apelada la sentencia absolutoria, el negocio pasó al Tribunal Superior de Bogotá.

Sentencia recurrida

Cuando el proceso se encontraba a estudio del señor Magistrado ponente para presentar proyecto de sentencia, sobrevino el incendio del Palacio de Justicia, y el expediente fué consumido por las llamas. Se logró después una reconstrucción del proceso, aunque un poco deficiente, y con fecha veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y nueve fué dictada sentencia de segundo grado, por la cual se revocó la del Juzgado y se acogieron las solicitudes de la demanda sobre nulidad absoluta de las declaraciones y convenciones de las escrituras 50 y 51 de 1907, 772 de 1919, 3512 de 1939, 494 de 1939 y 117 de 1940, escrituras ya historiadas. A ésto se refieren los numerales Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de la parte resolutiva de la sentencia.

Por el numeral Quinto se resuelve sobre cancelaciones.

El numeral Sexto dice: "Declárase que el señor Antonio Dorsonville, por virtud de las nulidades decretadas, queda restituído a la situación jurídica que tenía antes del otorgamiento de los instrumentos públicos anulados, o sea, que es el dueño de todos los bienes materia de las declaraciones y convenciones que contienen las escrituras anuladas".

El numeral Séptimo dispone que le sean restituídos a Antonio Dorsonville dos globos de tierra situados en el Municipio de Villavicencio, el uno de 781 fanegadas y el otro de 819 fanegadas, en los parajes llamados "Servitá" y "Cornetal", qu allí se alinderan.

El Numeral Octavo dice: "No se ordena restituír la mitad proindiviso de la cuarta parte de una sexta parte, también proindiviso, de dos globos de terreno, el uno marcado con la letra "A", situado en Medina, y el otro con la letra "B", situado en Villavicencio y Medina, cuyos linderos se especifican en la parte motiva de la sentencia".

El numeral Noveno dice que no se ordena la restitución de la hacienda Buenavista.

El numeral Décimo dice que no se ordena la

restitución de los derecho y acciones de la Comunidad de Apiay.

El numeral Undécimo versa sobre la absolución del contrademandado en la demanda de reconvención.

Ambas partes interpusieron el recurso extraordinario de casación, después de que el personero de Antonio Dorsonville pidió una aclaración de la sentencia, sin resultados, y se entra en el estudio del negocio.

CASACION

La parte de Antonio Dorsonville formula acusación parcial contra la sentencia del Tribunal, mientras que es total la acusación de la otra parte, por lo cual se deja para última hora aquella acusación.

CAPITULO I.—**Demanda de casación de los opositores.**

Antes de entrar en el estudio de esta demanda, conviene recordar lo siguiente:

El actor persigue en el juicio cuatro inmuebles, a saber: a) La hacienda de Buenavista; b) Unos derechos en la comunidad de Apiay; c) La mitad proindiviso de la cuarta parte de una sexta en los globos A y B situados en los Municipios de Villavicencio y Medina; y d) Los lotes de "Servitá" y "Cornetal".

De los inmuebles marcados con las letras a) y b) trata la escritura 50 de 1907, ya citada en el número 7, mientras que la escritura 772 de 1919 se refiere a los cuatro inmuebles (número 11).

Según planteamiento de la demanda de casación, consta ésta de seis motivos, así: el Primero se refiere a las escrituras 50 y 51 que con ella se relaciona; el Segundo, a la escritura 772; el Tercer motivo trata de las escrituras 3512, 494 y 177 (números 16, 17 y 18 respectivamente); el Cuarto motivo versa sobre lo que el recurrente considera como distinción entre nulidad y simulación, atribuyéndole a la sentencia haber hecho confusión de estos dos conceptos; en el Quinto motivo critica el recurrente la tesis sobre que la declaración de nulidad de los contratos a que se refieren las escrituras 3512, 494 y 177, es consecuencia de la declaración de nulidad de las otras escrituras, es decir, de aquellas en que intervino el actor; el Sexto trata de unas excepciones.

Como en el motivo Sexto, que versa principalmente sobre la prescripción de la acción de nulidad, habrá que estudiar la escritura 50 y la 51 que con ella se relaciona, se deja el Primer motivo para estudiarlo adelante, junto con el Sexto.

Segundo motivo:

Como ya se dijo, trata este motivo sobre la escritura 772 de 1919, en la cual se lee:

a) Que intervienen Antonio Dorsonville y María Zárate;

b) Que el primero es dueño de la mitad proindiviso de la cuarta parte también proindiviso de dos globos de terrenos marcados con las letras A y B, de los respectivos planos topográficos, situados en Villavicencio y Medina, y que es dueño también de dos globos de tierra situados en Villavicencio, parajes "Servitá" y "Cornetal". Inmuebles delimitados en la escritura citada.

c) Que la Zárate es dueña de un inmueble situado en la calle 19 de Bogotá, con una casa y una edificación distinguidos con los números 49 a 51 D. que adquirió por compra a Dorsonville, según escritura 601; que es dueña también de la hacienda de "Buenavista" en Villavicencio, comprada con pacto de retroventa al mismo Dorsonville, según escritura 50 de 1907; por último, que es dueña de unos derechos y acciones en la Comunidad de Apiay, del Municipio de Villavicencio, comprados a Dorsonville por la misma escritura 50. Los inmuebles en mención están delimitados, y se dice que como Dorsonville no hizo uso del pacto de retroventa, esos inmuebles le pertenecen a la Zárate.

d) Que ambos venden a Idelfonso Manrique "para los menores Mario Eduardo Dorsonville y Carlos Dorsonville" los mencionados inmuebles por la suma de $ 10.000 que declaran tener recibida.

e) Que la Zárate hace esta advertencia: "excluyo de la venta y me reservo la propiedad de la casita baja antigua y del solar contiguo a la calle 19".

f) Que Manrique acepta la escritura y el contrato que contiene, para los menores mencionados "a quienes pertenece el dinero con el cual ha hecho la compra".

(Hasta aquí no se ha definido el precio de lo que vende Dorsonville, ni el precio de lo que vende la Zárate; y no obstante la reserva que hizo ésta, el precio en común continuó siendo el mismo: $ 10.000).

g) Que el instrumento fué leído y aprobado por

los comparecientes, y se firma ante testigos; y que se pagaron los derechos de registro, según certificados que se encuentran copiados.

h) Y después de todo ésto, se lee la siguiente extraña nota: "En este estado modifican los otorgantes el contrato relacionado, así:

Que se excluyen de la venta las dos casas de la calle 19; que la otorgante Zárate se reserva de por vida el usufructo de la finca Buenavista, de modo que lo que vende es sólo la nuda propiedad; y que el precio de la venta se reduce de $ 10.000 a $ 1.000 moneda corriente".

(De este precio inverosímil no se dice qué corresponde a lo vendido por Dorsonville).

Ya se vió que el contrato sobre las dos casas fué declarado nulo.

Sobre esta escritura 772 dijo el Tribunal:

"La escritura anterior fué otorgada el 6 de noviembre de 1919 o sea dos días antes del matrimonio de Antonio Dorsonville y María Zárate y en ella se señalan como compradores a los menores hijos de éstos. Esta escritura 772 no se registró sino ocho años después o sea el 19 de julio de 1927. Y sólo diez años después de otorgada esta escritura Mario E. y Carlos Dorsonville hicieron extender el instrumento 2009, de 26 de octubre de 1928 de la Notaría 5ª de esta ciudad (número 14), en la cual manifestaron aceptar la enajenación que figuró en la escritura 772. Estas escrituras hechas entre familiares, el hecho de no haberse aceptado la venta sino muchos años después por parte de Mario y Carlos teniendo en cuenta que ya había el antecedente de la simulación de la escritura 50, llevan a la convicción de que esas escrituras no tuvieron causa ni objeto. Refuerza esta convicción el hecho de que estos contratos con los hijos fueron hechos dos días antes del matrimonio. Se nota además que el matrimonio de Antonio Dorsonville y María Zárate se celebró el día 8 de noviembre de 1919; que éstos no legitimaron a sus hijos en el acto de contraer matrimonio sino mucho tiempo después, el 11 de abril de 1929, y que el acto de venta aseguraba un patrimonio a los menores no legitimados. ...Pero como lo dice la parte demandante, en la escritura 772 se pone de manifiesto la ninguna realidad del contrato, por las estipulaciones referentes a la reserva del usufructo que allí manifestó doña María Zárate. Los hechos anteriores hacen que se llegue a la conclusión que el contrato contenido en la escritura Nº 772 del 6 de noviembre de 1919, otorgada en la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá es nulo, puesto que no tuvo causa ni objeto real, es decir, fué inexistente y la inexistencia en nuestro derecho equivale a nulidad".

Refiriéndose a estos párrafos dice el recurrente:

Tales conceptos del Tribunal pueden condensarse así:

Cuando un padre vende un inmueble antes de su matrimonio a un hijo menor, queda nula la venta por falta de causa y objeto real;

Cuando la escritura de venta no se registra sino ocho años después de su otorgamiento, queda nulo el acto por falta de causa y objeto;

Cuando en el caso de estipulación por otro una venta a menores no se acepta por éstos sino diez años después cuando han llegado a la mayor edad, el contrato resulta nulo por falta de causa y objeto;

Cuando se realizan determinados contratos entre familiares y no se aceptan sino muchos años después y hay el antecedente de que otro contrato anterior a ellos fué simulado aunque tal simulación no esté declarada por sentencia anterior, ellos son nulos porque "no tuvieron causa ni objeto".

Cuando el dueño de una cosa vende la nuda propiedad y se reserva el usufructo, el contrato "es nulo puesto que no tuvo causa ni objeto real".

En estos postulados se apoyó el Tribunal para declarar nula la venta que hizo María Zárate a Idelfonso Manrique para los menores Mario y Carlos Dorsonville mediante la escritura 772 de 1919.

Ninguna de esas circunstancias ni todas ellas pueden determinar a la luz de los artículos 1502, 1517 y 1524 del Código Civil la carencia de causa y objeto en el contrato. Los razonamientos del Tribunal no parecen hechos en serio sino en broma.

La violación de ellos resulta a ojos vistas.

De la falta de causa y objeto se siguió para el Tribunal la nulidad del contrato atestiguado por la escritura 772, es decir, que implícitamente procedía aplicar los artículos 1740 de Código Civi y 2 de la Ley 50 de 1936, según los cuales hay nulidad en los contratos a que faltan requisitos esenciales como la causa y el objeto y el juez debe declararla. Mas como el raciocinio es falso resulta que dichas disposiciones fueron aplicadas descabelladamente, y violadas en consecuencia".

Observa la Sala sobre estas consideraciones del recurrente:

¿Se violaron los primeros artículos que cita aquí el recurrente? ¿Por qué concepto se violaron los artículos 1740 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936? No lo expresa el recurrente. El motivo así aparece mal formulado, y de una vez debiera desecharse.

Mas no obstante ésto, la Sala quiere hacer algunas consideraciones sobre la materia.

El Tribunal no ha sentado premisas para sacar conclusiones que el recurrente le atribuye. El Tribunal enuncia una serie de hechos y circunstancias que pueden considerarse como indicios y que él los considera así; y no es jurídico ni razonable tomar aisladamente cada uno de ellos para mostrar que el Tribunal erró en su convicción, cuando ésta se formó por el estudio global y de conjunto de un haz probatorio que analizó y encontró eficaz en sus conclusiones. ¿Cometió error el Tribunal en esa apreciación probatoria? Ni siquiera lo enuncia el recurrente. La Corte acaba de decir: "Pero, sobre toda consideración, es de observar que cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende esta tesis de las normas que regula el artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que la constituyen y el que trata de averiguar" (G. J. Tomo LXIX. página 7).

Mas fuera de lo expuesto, razonablemente se puede considerar que el Tribunal tuvo en cuenta para formar criterio sobre el caso, lo siguiente:

Son tan incoherentes e inverosímiles las estipulaciones de la escritura 772, que llevan al ánimo, por sí solas, la convicción de que allí no hay un pacto real sino una transacción engañosa: se dice vender a un tercero, como agente oficioso, unos bienes para unos menores, hijos fuéra de matrimonio del actor y la Zárate; se dice vender por $ 10.000 no sólo los cuatro inmuebles detallados atrás sino las casas de la calle 19, cuando antes dos de esos inmuebles se habían vendido por $ 100.-000; se fija un precio en común sin decir cuál corresponde a lo que la Zárate transfiere —la hacienda, las casas y los derechos en Apiay— y cuál corresponde a los otros bienes que transfiere Antonio Dorsonville; detallados los bienes, la Zárate excluye una parte de las casas, pero el precio sigue el mismo; aceptada ya la escritura por el agente oficioso, y para firmarse, se introduce esta cláusula: "en este estado se modifica el contrato excluyendo las dos casas de la calle 19, y reservándose la Zárate el usufructo de Buenavista"; y se rebaja el precio de $ 10.000 a $ 1.000. Todo ésto carece de seriedad.

Cuando la escritura 772 fué firmada por el actor y por la Zárate, éstos vivían juntos en amancebamiento, tenían dos hijos menores de edad, y a favor de ellos se hizo la operación, la cual fué aceptada en su nombre por un agente oficioso, de manera que el negocio se realizó entre padres e hijos menores.

Anota el actor en la demanda que para librarse de una persecución de sus bienes por parte de su primera esposa, traspasó éstos simuladamente, lo cual confirma el demandado Manuel Dorsonville en el libélo contra su padre, que dice: Antonio Dorsonville, para sustraer y ocultar sus bienes, los transfirió dolosamente (número 21 de la historia).

Estudiando el mismo Tribunal de Bogotá un juicio especial adelantado por el actor sobre algunos de los bienes aquí considerados, juicio seguido contra sus hijos, de lo lo cual hay constancia en los autos, dice lo siguiente, posiblemente porque del estudio de las pruebas vió que el actor tenía una razón de justicia: No sobra advertir que quedan a salvo del actor las acciones de simulación o de nulidad sobre lo pactado en las escrituras 50 y 772 de 1919 (número 22 de la historia).

Vale la pena de anotar que la escritura 772 incluye unas casas de la calle 19 de esta ciudad, a que se refiere la escritura 601 de 1917, y que el contrato de que dá cuenta esta escritura fué declarado nulo (número 19 de la historia).

De esta suerte, como ya se expresó, hubo de parte del Tribunal una apreciación global de pruebas, por su cauce y a virtud de un proceso intelectual y de conjunto se llegó a una convicción jurídica producida por el estudio y apreciación de indicios, y no le es dado a la Sala desconocer ese concepto íntimo a la par que fundado en derecho, tal como lo ha expuesto la Corte en varias decisiones (G. J. LX, pág. 693). Fuera de que el recurrente no ha formulado acusación valedera contra esa apreciación del Tribunal.

No prospera ent nces el motivo que se estudia.

Motivos Tercero y Quinto:

Se refieren estos motivos a la nulidad declarada de los cortratos que constan en las escrituras 3512, 494 y 177, nulidad solicitada en el ordinal Cuarto de la parte petitoria de la demanda.

Sobre ésto dice el Tribunal que la nulidad del contrato a que se refiere la escritura 3512 es una consecuencia de la nulidad del contrato de la escritura 772. Y en otra parte dice el Tribunal que

las mismas razones obran en la nulidad de los otros contratos.

El recurrente señala en este caso como violados los artículos 1740 y 1741 del C. C. y dice que aún suponiendo que el contrato de la escritura 772 careciera de valor, ello no significa que los posteriores sean nulos.

Más concreto en el motivo Quinto, expresa el recurrente: como el Tribunal adoptó aquellas conclusiones de nulidad de los contratos subsiguientes, violó los textos legales citados, no sólo por la razón expuesta, sino al reconocer acción o interés jurídico al demandante para pedir la declaración de nulidad de los contratos que constan en las escrituras mencionadas.

Las acusaciones se refieren a lo que se puede llamar arrastre de nulidades: declarada la nulidad de un contrato, la declaración conlleva la nulidad de los subsiguientes conectados con el primero. Por regla general ésto no es así, pues cada contrato es un ente independiente, de características definidas, circunscritas en un radio propio que no puede confundirse con otros.

No expuso entonces el Tribunal una razón valedera para declarar la nulidad de los contratos a que se refieren las escrituras 3512, 494 y 177 citada atrás, y la sentencia recurrida hay que invalidarla en esa parte; sin que ello altere las cosas en cuanto a la reivindicación, porque los contratos de las escrituras mencionadas, en que ya no intervino el actor hay que considerarlos como de terceros, que no pueden cerrar el paso a los efectos y consecuencias de la nulidad, de acuerdo con la doctrina de los artículos 1546 y 1549 del C. C.

Es interesante historiar aquí este caso de que conoció la Sala hace pocos años: Un apoderado dió en venta algunos inmuebles por escritura 63 de 1936, Notaría Cuarta de Bogotá; el comprador vendió a su turno los mismos inmuebles por escritura 539 de 1940; se pidió la nulidad del contrato contenido en la escritura 63, y como consecuencia, la nulidad de la escritura 539; el Juzgado falló el negocio declarando nulo el contrato de la escritura 63, y nulo también el de la escritura 539, pero negando la restitución. Por apelación, el Tribunal de Bogotá confirmó el fallo en cuanto a la nulidad del primer contrato, es decir, el de la escritura 63, lo revocó en cuanto al segundo contrato por haberse pedido en la demanda la nulidad del instrumento número 539 y no la del contrato, y ordenó la restitución. La Corte dijo que el Tribunal había interpretado la petición sobre nulidad de la escritura 539 con un criterio textualista, pues lo pedido era la nulidad del contrato; pero dice la Corte: "habrá de llegarse a la misma conclusión negativa de la sentencia y abstenerse de hacer la declaración de nulidad de la segunda venta hecha por escritura 539, porque tal contrato, ni por su contenido, ni por las personas que en él intervinieron, ni por falta de sus requisitos formales adolece de tal vicio de nulidad". Y agrega la Corte ésto:

"El fenómeno que en realidad ha ocurrido es el de que la declaración judicial de nulidad de la primera venta produce el trascendental efecto jurídico de restituír las cosas al estado anterior, como si no se hubiese celebrado el contrato declarado nulo (artículo 1746, Código Civil), y desaparecen todos los efectos que haya podido producir, pues la ficción legal en este caso conduce a la conclusión de que el pacto afectado del vicio nunca fué celebrado. Como resultado lógico y jurídico de esa situación procesal la parte a cuyo favor se decretó la nulidad tiene acción reivindicatoria destinada a que se le restituya el inmueble vendido, y esta acción puede dirigirla aún contra terceros poseedores, al tenor del artículo 1748 ibidem. Y ésto ha sido precisamente lo resuelto por el fallador de segundo grado en la providencia definitiva que se estudia, cuando dispuso que la parte demandada restituyera los lotes de terreno que fueron materia de la venta.

Resta sólo agregar que la segunda venta en nada perjudica a las actoras, como propietarias de los bienes raíces, porque en las condiciones antes anotadas el pacto no lo es oponible a ellas y no puede producir contra ellas ningún efecto jurídico. De esta manera queda sin valor ni efecto la venta que se hizo a nombre y en representación de dos incapaces, se les restituye el bien vendido, sin que para ésto sea necesario hacer una declaratoria judicial de nulidad de un segundo pacto que en su forma y en su contenido, no adolece de tal vicio" (G. J. Tomo LVII, págs. 398 y 399).

Motivo Cuarto:

Tratan aquí los recurrentes propiamente de una disquisición doctrinaria y académica, en relación con la diferencia que existe entre nulidad y simulación, trayendo a debate varios conceptos de autores y de juristas, y rematando así el motivo: "Por consiguiente, el Tribunal, al estimar que los contratos en litigio fueron simulados, al afirmar que carecieron de causa, objeto y consentimiento, al reconocerlos nulos por esos motivos, violó los artículos 1766, 1502, 1517 y 1524 del C. C., por-

que todo contrato simulado implica objeto y consentimiento y causa".

Es preciso decir ésto: El Tribunal no confundió la simulación con la nulidad. Se pidieron en la demanda declaraciones sobre nulidad, y esas declaraciones se hicieron. Quizá ocasionalmente se usó el término simulación por nulidad, pero las palabras en la exposición no pueden dar lugar a motivos de casación; son los conceptos o doctrinas los que pueden dar margen a esos motivos.

Este motivo lo introduce el recurrente así: "Por los razonamientos que hace el Tribunal se echa de ver que la conclusión a que ha llegado el Tribunal es la de que todos los contratos cuyo valor se examina en este litigio son simulados". No es así. La conclusión a que llegó el Tribunal es otra: que los contratos son nulos.

Esto solo está diciendo que es errada la conclusión del recurrente, porque lo es también el concepto en que la funda.

No fueron violados, entonces, los artículos que enuncia escuetamente el recurrente, sin dar concepto alguno sobre esa violación.

Motivos Primero y Sexto:

Ya se dijo atrás que el motivo Primero de casación sería tratado junto con el Sexto, y a ello se procede.

Dicen los recurrentes que en la oportunidad debida se presentaron varias excepciones, entre ellas las de prescripción adquisitiva de los bienes y la de prescripción de las acciones, y que el sentenciador se refirió a algunas en la parte expositiva de la sentencia, pero no a estas de prescripción. Y reclama entonces porque "no está la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en juicio, por lo cual procede el recurso de casación conforme al artículo 520 del C. J.".

Ciertamente, en el alegato de conclusión de segunda instancia la parte demandada propuso como excepciones la prescripción de las acciones de nulidad y la prescripción adquisitiva de los bienes, y la sentencia del Tribunal no se refirió en ninguna forma a esas excepciones, lo que quiere decir que el recurrente tiene razón al expresar que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones de los demandados.

Estos fundaron la excepción de prescripción adquisitiva en una posesión continua por el tiempo legal, pero de los autos no aparece la prueba de esa posesión, y antes bien, hay hechos que la contradicen.

En cuanto a la prescripción de las acciones de nulidad, dijeron los opositores:

"La presente demanda sobre nulidad de los contratos, se presentó, como ya se lo indiqué, en febrero de 1944. Las acciones se dirigen a obtener la nulidad de una serie de contratos de venta, el primero de los cuales se consumó por medio de la escritura 50 de fecha 25 de enero de 1907, Notaría 1ª de Bogotá. Venta de Antonio Dorsonville a María Zárate.

Entre esas dos fechas han corrido **treinta y siete años.** Por lo tanto la prescripción de las acciones entabladas se ha consumado de sobra. Esa prescripción corre a favor de los actos ulteriores de enajenación verificados por la señora María Zárate a favor de los señores Mario y Carlos Dorsonville, y por ésos a favor del señor Manuel A. Dorsonville Acero.

Por escritura 772 de 6 de noviembre de 1919, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, la señora María Zárate vendió la nuda propiedad de los bienes ya adquiridos, a los señores Mario y Carlos Dorsonville. En el perfeccionamiento de ese contrato intervino, además, el señor Antonio Dorsonville.

Desde entonces hasta la presentación de la presente demanda de nulidad, han corrido veintiocho años, que son también suficientes por sí solos para consumar la prescripción de cualesquiera acciones que se quisiera incoar contra el respectivo contrato, que tendría a su favor el tiempo anterior, o sea desde el año de 1907".

Se considera:

La excepción hay que aplicarla a cada uno de los contratos contemplados en el juicio, sin que se pueda aceptar que la prescripción del úno, influye y decide sobre los otros, pues cada contrato es independiente. De esta suerte, hay que examinar cada contrato en relación con la prescripción, a fin de ver si éste lo afecta. Y como se ha visto, son varias las acciones sobre nulidad de contratos a que la demanda se refiere.

El contrato que consta en la escritura 50, cuya nulidad ha sido solicitada, fué celebrado en 1907, de manera que desde este año, hasta 1944 en que la demanda de nulidad fué presentada, corrieron más de treinta años, y operó así la prescripción de la acción respectiva.

La escritura 772 fué extendida en 1919, de manera que el contrato a que ella se refiere no queda cubierto con el plazo de la prescripción extintiva.

Esto mismo puede decirse de las convenciones que constan en las escrituras 3512, 494 y 177 ya examinadas, las cuales, como se dijo, no quedarán afectadas de nulidad.

Y como sobre aquélla y estas escrituras la excepción no prospera, carece de interés en cuanto a los resultados del pleito el hecho de que el Tribunal no hubiera considerado la excepción que se estudia.

De este análisis resulta que sólo el contrato de la escritura 50 ha de quedar afectado por la prescripción extintiva y que, por lo tanto no había razón para declarar la nulidad de aquel contrato, y es preciso casar la sentencia en esa parte, para hacer las rectificaciones del caso.

CAPITULO II. — **Demanda de casación de los actores.**

Invoca el recurrente la causal 3ª del artículo 520 del C. J. par pedir que se case la sentencia del Tribunal en sus ordinales Octavo, Noveno y Décimo de la parte resolutiva, porque contrarían lo dispuesto en el ordinal Sexto de esta misma parte.

En la demanda se pidió lo siguiente, que bajo el numeral Sexto fué declarado en la sentencia recurrida.

Que como consecuencia de las nulidades que sean decretadas, el actor queda restituído a la situación jurídica que tenía antes del otorgamiento de los instrumentos públicos cuyas declaraciones y convenciones se declaran anuladas. O lo que es lo mismo, que el actor es el dueño de todos los bienes materia de las declaraciones y convenciones que se declaran nulas.

Como se ha visto, el recurrente estima que la sentencia en su resolución es contradictoria, y por este motivo la acusa, de manera que se ha invocado la causal 3ª del artículo 520 del C. J., que dice: "Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias". Y amplía su queja así:

"Considera el Tribunal que no es el caso de ordenar la restitución de los bienes mencionados en los supradichos ordinales 8º, 9º y 10 porque no aparece comprobado en este proceso (que hubo de reconstruírse con naturales deficiencias, por las destrucciones del 9 de abril) que los demandados sean poseedores materiales de tales bienes, bien por falta de prueba plena de esa posesión, o bien porque consistiendo algunos de los bienes en partes alicuotas de un todo, "no se sabe qué parte del terreno le corresponde (al demandante) ni sobre el cual (sic) tiene la posesión".

De acuerdo con esas propias palabras del recurrente, unas restituciones no se decretaron porque el Tribunal conceptuó que faltaban pruebas sobre la posesión, y otras porque consistiendo los bienes en cuotas indivisas, no se sabe sobre qué partes ha de versar la restitución. Y quedaba entonces señalado para el recurrente el camino a seguir: alegar y mostrar que la posesión sí estaba probada, y alegar que pueden reivindicarse cuotas determinadas proindiviso de una cosa singular, de acuerdo con el artículo 949 del C. C.

No era, pues, la causal 3ª de casación la que ha debido invocarse aquí, sino la causal 1ª, por infracción directa de aquel texto legal, y por haber incurrido el Tribunal en errores al considerar las pruebas sobre posesión.

La restitución **de jure** de que trata la petición sexta de la demanda, y que fué aceptada por el Tribunal, es la que se ordena en abstracto como resultado de la declaración de nulidad, de acuerdo con el artículo 1746 del C. C.; pero claro está que ésto queda sometido, cuando en un juicio se invocan las dos acciones, la de nulidad y la restitutoria, a que se establezca o se haya establecido que el reo es poseedor del bien o bienes que se persiguen en reivindicación; o ha de servir esa condena en abstracto como fundamento a la posterior acción de restitución que puede adelantarse de acuerdo con el artículo 1748 de aquel Código, que dice: La nulidad judicialmente pronunciada dá acción reivindicatoria contra terceros poseedores. Se dice ésto para mostrar que un fallo en que se declara en abstracto que por motivo de una nulidad declarada las cosas vuelven al estado primitivo y el actor es dueño de los bienes a que el contrato se refiere, no es contradictorio al declararse en el mismo que sobre algunos bienes solicitados no se puede decretar la restitución por falta de prueba de la posesión.

Pero naturalmente, variada la sentencia en cuanto a la nulidad del contrato a que se refiere la escritura 50, es preciso modificarla en cuanto a la restitución.

CAPITULO III. — **Sentencia de instancia.**

La sentencia recurrida hay que variarla en los siguientes puntos:

En cuanto se declara la nulidad de las conven-

ciones y declaraciones de que trata la escritura 51 de 25 de enero de 1907, sobre protocolización de un documento, y la cual sirvió de base a la escritura 50 (Numeral Primero de la parte resolutiva de la sentencia).

En cuanto declara la nulidad de las convenciones y declaraciones de la escritura 50 de aquella fecha (Numeral Segundo).

En cuanto declara la nulidad de los contratos de las escrituras 3512, 494 y 177, a que se refiere el numeral Cuarto de la parte resolutiva de la sentencia.

Ninguna rectificación hay que hacer en lo que respecta a la restitución de los bienes de que dá razón la escritura 50, porque en la sentencia no se accedió a esa restitución. De esta suerte, los bienes enajenados por la Zárate, según escritura 772, han quedado al margen de la restitución, pues ésta ha de comprender sólo los dos inmuebles de los cuales figura como dueño el actor. De uno de éstos no ordenó restitución la sentencia, por la razón que se copia: "la escritura 772 contiene varias ventas. La primera contiene la mitad proindiviso de una cuarta parte de una sexta parte también proindiviso, de dos globos de terreno el uno marcado con la letra A, situado en el Municipio de Medina de la Intendencia de San Martín, y el otro marcado con la Letra B, situado en los Municipios de Villavicencio y Medina de la misma Intendencia y cuyos linderos se indican. Como se vé, don Antonio Dorsonville no transmitió a sus hijos sino la parte que tenía sobre ese terreno, o sea la mitad proindiviso. Si ello es así, no es dable acceder a ordenar la restitución material del bien, porque si subsiste la comunidad y si no se ha hecho la división, no se sabe qué parte del terreno le corresponde y sobre el cual tiene la posesión. Sobra decir que en nuestro derecho la escritura de venta por sí sola no trasmite el dominio, puesto que éste no es transmitido sino por el medio de la tradición".

No fué posible hacer rectificación de esta doctrina, aplicando el artículo 949 del C. C., porque como se vió atrás, la acusación del recurrente estuvo mal formulada.

Las razones para estas modificaciones de la sentencia han quedado estudiadas atrás.

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 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, y confirmando en parte la de primera instancia,

DECIDE:

Primero.—Se declara probada la excepción de prescripción extintiva de la acción de nulidad de los contratos a que se refieren las escrituras 50 y 51 de 25 de enero de 1907, de la Notaría Primera de Bogotá, y como consecuencia, no se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda frente a los numerales Primero y Segundo de la parte petitoria de ella.

Segundo.—No están probadas las demás excepciones propuestas por los demandados.

Tercero.—Son absolutamente nulas las declaraciones y convenciones que contiene la escritura 772 de 6 de noviembre de 1919, otorgada en la Notaría Quinta del Circuito de Bogotá, registrada en la Oficina correspondiente de Villavicencio el 19 de julio de 1927, instrumento éste que debe cancelarse en el protocolo, lo mismo que su inscripción en la Oficina de Registro.

Cuarto.—Por virtud de esta nulidad, el actor Antonio Dorsonville queda restituído a la situación jurídica que tenía antes del otorgamiento de la escritura anulada, y dueño, por tanto, de los inmuebles que traspasó por este instrumento público.

Quinto.—Los demandados deben restituír al actor Antonio Dorsonville, los globos de tierra llamados "Servitá" y "Cornetal", el uno de 781 fanegadas y el otro de 819 fanegadas, con sus dependencias, accesorios y frutos naturales y civiles, considerándoseles como poseedores de mala fe. A tales lotes se refiere la escritura 772, citada en el numeral Tercero, y están delimitados así, según esa escritura: "Desde el punto en que una línea recta que parte del alto llamado Morro Gacho y que pasa por la confluencia del caño Cacique con el caño de la Corona, y que va a tocar en el camino de herradura abierto por el vendedor (Emiliano Restrepo) en la parte occidental de la cuchilla o cordillera de Buenavista, el cual camino empalma con la vía pública que de Quetame conduce a Villavicencio en el alto de Buenavista, siguiendo aquel camino de Sur a Norte, lindando con terrenos de los señores José A. Carrasquilla y Laurea-

no Jara hasta llegar a un mojón clavado en la orilla de dicho camino, que sirve de lindero a un terreno del señor Antonio Rincón, del mojón que se acaba de mencionar, cruzando dicho camino que tiene una anchura de ocho metros, una línea recta de Occidente a Oriente hasta llegar a la cima de la cuchilla o cordillera de Buenavista, lindando en este trayecto con terreno del señor Pablo Medina; de la cima de la cuchilla o cordillera de Buenavista, donde termina la recta mencionada siguiendo toda la cima de dicha cordillera o cuchilla de Buenavista por la línea divisoria de aguas en dirección más o menos de Norte a Sur, en una extensión más o menos de ocho leguas de a cinco mil metros legua hasta donde termina o muere dicha cuchilla o cordillera de Buenavista en el río Negro, en el punto en que este río corta el último contrafuerte de la cuchilla para salir a las llanuras de San Martín lindando en todo este trayecto con terrenos de la Comunidad de Apiay; del punto en que termina en la margen del río Negro la dicha cuchilla o cordillera de Buenavista, dicho río aguas arriba por todas sus vueltas, hasta llegar a un mojón clavado en la margen izquierda de dicho río, que marca el punto de partida del lindero Sur de dichos globos de terreno contiguos, el uno de mil ciento hectáreas de superficie y el otro de trescientas veinte hectáreas de superficie, de propiedad de los señores Ricardo Jaramillo y Hermanos; del mojón que se acaba de mencionar, situado en la orilla del río Negro, una línea recta de Occidente a Oriente de ciento treinta y cinco grados Nordeste de azimut o dirección magnética, teniendo dichos globos entre sí una base sobre el río Negro de seis mil cuarenta metros, desde donde termina hacia el Oriente la recta que se acaba de mencionar lindando en este trayecto con los dos expresados globos de terreno de los señores Ricardo Jaramillo y Hermanos, vuelve la alinderación hacia el Norte constituída por líneas rectas, primero con los dos expresados globos de terreno contiguos de los señores Ricardo Jaramillo y Hermanos en segundo lugar con un globo de terreno de doscientas cincuenta y seis hectáreas de superficie con base sobre el río Negro, de setecientos diez metros, perteneciente al señor Federico Arbeláez y cuyos linderos Norte y Sur son dos rectas que parten del río Negro hacia el Oriente, de ciento treinta y cinco grados Nordeste de azimut o dirección magnética; en tercer lugar, con un globo de terreno de seiscientos treinta y ocho hectáreas que fue del señor Cayetano Camacho y que es actualmente del señor Emiliano Fonnegra, que tiene de base sobre el río Negro mil novecientos cincuenta metros, cuyo lindero Norte es también una línea recta que parte de la orilla del río Negro hacia el Oriente con una inclinación de ciento treinta y cinco grados nordeste de azimut o dirección magnética; del extremo oriental de esta línea hasta llegar a los nacimientos más altos del caño de los Azulejos; del nacimiento del caño de los Azulejos, este caño aguas abajo hasta su desembocadura en el río Negro, lindando en este trayecto con el dicho globo de terreno de seiscientas treinta y ocho hectáreas, hoy perteneciente al señor Emiliano Fonnegra, de la desembocadura del caño de los **Azulejos en el río Negro,** éste aguas arriba hasta donde muere en la orilla de este río una grada de roca que se dirige hacia el caño del Pescado, dejando al Occidente un globo de terreno de forma triangular de dos hectáreas de superficie que fue del señor Cayetano Camacho y que es actualmente del señor Emiliano Fonnegra; siguiendo dicha grada de roca hasta donde ella termina en la orilla del caño del Pescado, lindando en este trayecto con dicho globo de terreno de forma triangular; desde donde termina dicha grada de roca en la orilla del caño del Pescado, del río Negro, caño del Pescado aguas arriba en una corta extensión, hasta llegar a un punto situado en la orilla de dicho caño, llamado Los Chupaderos, lindando en este trayecto, caño del Pescado de por medio, con terrenos del señor Deogracias Navarro; del punto de Los Chupaderos una línea recta de Norte a Sur, más o menos de cuatrocientos sesenta metros, hasta llegar al alto llamado Morro-Claro; de este punto una línea recta de mil doscientos ochenta y cinco metros de longitud, hasta llegar al alto llamado Morro-Gordo; de este punto una línea recta de setecientos sesenta metros de longitud, hasta llegar al alto llamado Morro Gacho; de este punto una línea recta de quinientos veinticinco metros de longitud, hasta llegar a la confluencia del caño del Cacique con el caño de la Corona y prolongándose esta línea en su misma dirección hasta tocar con el camino de herradura al principio mencionado, punto de partida de esta alinderación y lindando del punto llamado Los Chupaderos hasta llegar al dicho camino con un globo de terreno de propiedad del señor José Antonio Carrasquilla"

Sexto: No se accede a las demás peticiones formuladas en la parte petitoria de la demanda, y se absuelve, por tanto, a los demandados.

Séptimo: Se absuelve al actor Antonio Dorsonville de los cargos de la demanda de reconvención.

Octavo: No hay lugar a costas ni en instancias ni en casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda—Hernando Lizarralde, Secretario.

NO ES EL CASO DE ACLARAR LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Buscando amparo en el artículo 482 del C. Judicial, el personero de la parte demandada en este juicio pide aclaración de la sentencia dictada por la Sala con fecha quince de octubre postrero, aclaración que en realidad tiende a que se dé al Registrador de Instrumentos Públicos una fórmula para las inscripciones que este funcionario debe hacer en los libros de su oficina. Porque, a decir verdad, no se señala frase o concepto que entrañe un serio motivo de duda, y la sentencia en mención es de una absoluta claridad, como lo proclama el mismo memorial del peticionario.

Efectivamente, afirma éste:

a) Que en la sentencia se hace distinción de las dos convenciones a que se contrae la escritura 772: de un lado, la venta que hace María Zárate de unos bienes, entre los cuales se halla la hacienda Buenavista, y de otro lado, la venta que hace Antonio Dorsonville de varios bienes entre los cuales se encuentran los inmuebles "Servitá" y "Cornetal". Y eso que expresa el peticionario es evidente.

b) Que el contrato de que dá razón la escritura 50 quedó amparado por la prescripción, por lo cual no prosperaron las peticiones 1ª y 2ª de la demanda. Evidente es ésto.

c) Que el reconocimiento de la prescripción produce como efecto necesario darle firmeza a la escritura 50. Y ésto es así.

d) Que "la escritura 772 queda nula en cuanto a la venta que por medio de ella hizo Antonio Dorsonville de bienes distintos de los que vendió María Zárate". Lo que es así.

e) Que la declaración de nulidad de las convenciones de que trata la escritura 772 y cancelación de ésta y de su registro, "sólo pueden afectar la venta de Antonio Dorsonville, pero no la venta de María Zárate cuyo legal título quedó prescrito". Lo cual es exacto.

f) Que "los puntos cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia de la Corte contienen el concepto de que la declaración de nulidad sólo tiene por objeto los inmuebles que por la escritura 772 traspasó Antonio Dorsonville". Lo cual es evidente.

g) Que en caso necesario el Registrador tendría que certificar que la hacienda Buenavisa pertenece a María Zárate, en razón de la vigencia de la escritura 50. Y ésto es así.

h) Que según el espíritu de la sentencia, la nulidad de las convenciones a que se contrae la escritura 772 se refiere a la enajenación que por ella hizo Antonio Dorsonville de algunos bienes, por lo cual la cancelación en el protocolo y en la Oficina de Registro se deben referir a estos bienes. A lo que hay que decir: no sólo ése es el espíritu de la sentencia, sino su letra. Efectivamente:

La declaración primera de la sentencia se refiere a la prescripción de la acción de nulidad de los contratos a que se contrae la escritura 50 (y la 51 con ella relacionada), de manera que los bienes que por aquella escritura le fueron vendidos a María Zárate en cabeza de ésta; y por la declaración tercera se decretó la nulidad de la escritura 772, y esta declaración no puede referirse sino a los bienes enajenados por Antonio Dorsonville. Es por ésto que la declaración cuarta expresa que el citado Dorsonville queda "dueño de los bienes que traspasó por este instrumento público", y que por la declaración quinta se ordena a los demandados restituír al demandante los inmuebles llamados "Cornetal" y "Servitá", a que precisamente se refiere la escritura 772.

Todo ésto quiere decir que no hay materia sobre qué resolver, pues la sentencia examinada no ofrece motivo de duda en ninguna de sus partes, lo que se dispone administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Gerardo Arias Mejía. — Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

LA NULIDAD DEL REMATE COMO ACTUACION PROCESAL, ES CUESTION PURAMENTE ADJETIVA, Y LAS CAUSAS QUE PUEDEN DETERMINARLA ESTAN TAXATIVAMENTE PREVISTAS EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO — LA ANTELACION DE VEINTE DIAS, NO ES NECESARIA PARA LA PUBLICACION DEL AVISO EN LA PRENSA, SINO BASTA QUE ESTE SE PUBLIQUE ANTES DEL REMATE

1.—El remate, en cuanto sirve para efectuar una compraventa, es un acto jurídico, en que el juez es el representante legal del tradente vendedor, y la diligencia respectiva, aprobada judicialmente, se equipara a escritura pública. Pero es también un acto de procedimiento, que como tal ha de sujetarse a las formalidades que la ley prescribe, tanto preparatorias o antecedentes como concomitantes a la licitación misma, o posteriores a ella.

Por la primera faz, es decir, como acto jurídico, el remate se rige por los principios generales que gobiernan los actos y declaraciones de voluntad, y así, cuando de su nulidad se trate, habrán de buscarse los motivos de ésta en aquellos principios, cuya transgresión acarrea la invalidez del contrato. Por el otro aspecto, la nulidad del remate como actuación procesal es cuestión puramente adjetiva, y las causas que pueden determinarla están taxativamente previstas en el Código de Procedimiento. Allí se establece que la nulidad proveniente de la "falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes", una vez aprobado éste, "sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante" (inciso 2º del artículo 457).

Como bien lo observa el Tribunal, en el presente negocio discútese la nulidad del remate por su aspecto adjetivo, según está expresado claramente en los hechos y súplicas de la demanda de suerte que a nada conduce invocar la violación de los artículos 1741 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, normas que se refieren sólo a la nulidad sustantiva, única que admite legalmente la calificación de absoluta o relativa.

2.—La fijación de los carteles con la anticipación exigida por la ley es requisito indispensable de la validez del remate, y lo es también la publicación del aviso en la prensa, si hay periódico en la localidad, pero aquella antelación no es necesaria para esto último pues basta que el anuncio se publique antes del día del remate.

3.—Las causas de nulidad adjetiva están taxativamente señaladas en el procedimiento. Unas son comunes a todos los juicios; otras especiales para el ejecutivo (artículos 448 y 451 del C. de P. C.). Ninguna de ellas comprende la irregularidad a que el cargo se refiere. Pero ni aún admitiendo que tal irregularidad tuviera ese alcance, podría pedirse la declaración de nulidad por la vía ordinaria, pues este recurso está expresamente limitado a los dos casos que prevé el artículo 457 del citado código.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre veintiseis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda)

En documento privado de 27 de agosto de 1927, Lázaro Escobar E. e Isaías Escobar constituyéronse deudores solidarios de Lázaro Escobar de mil pesos, sin interés durante el plazo, que era de dos años, pero con el uno por ciento mensual durante el retardo.

Dicho crédito fué cedido al doctor Honorio Velásquez, quien, con embargo preventivo de una finca situada en el paraje de las Cuchillas, fracción de Prado, del Municipio de Medellín, que no pertenecía ni había pertenecido a Escobar E., siguió contra éste juicio ejecutivo.

Escobar E. era dueño de la mitad proindivisa de una finca distinta, de igual situación, que había adquirido por la escritura 3450 de 27 de agosto de 1927, de la Notaría 2ª de Medellín; pero la *prime-*

ra fué la embargada, depositada y avaluada, y cuando se supo, por el certificado del Registrador, que de ella no era dueño el ejecutado, sacóse a remate la mitad proindivisa de la otra, que no fue avaluada, a lo cual se agrega que las publicaciones no se hicieron con la anticipación que ordena la ley.

Verificóse el remate el 24 de agosto de 1945, ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, por el precio de $ 2.804.00, adjudicándose a Hernando Mora la expresada mitad del segundo predio.

El deudor Escobar E. había pagado con anterioridad al remate todo el valor del crédito referido al acreedor Escobar, por lo cual la cesión que éste hizo a Velásquez careció de causa y objeto lícito, y la liquidación judicial de la deuda ascendió a $ 2.-992.94.

Estos hechos sirvieron de apoyo a la demanda ordinaria que el 21 de marzo de 1946, corregida el 1º de abril siguiente, presentó Lázaro Escobar E. contra el doctor Honorio Velásquez y Hernando Mora, en solicitud de las siguientes declaraciones, que se resumen:

A) Nulidad del juicio ejecutivo y del remate expresados, por falta de observancia de las normas legales.

B) Subsidiariamente, que el demandante tiene derecho a repetir contra el demandado Velásquez por $ 2.992.94, ya que la acreencia estaba pagada y fué, por tanto, indebidamente cobrada, "o que se declare nulo el pago o cobro efectuado mediante pago hecho a virtud del remate,... por falta de causa u objeto lícito, y, consiguientemente, que es nulo el remate hecho en tal juicio, y por lo mismo se ordena su cancelación, oficiando así al señor Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín".

C) Que en cualquiera de los casos anteriores el demandado Velásquez sea condenado al pago de costas y perjuicios.

D) Que el demandado Mora está obligado a entregar al actor el inmueble rematado, con sus frutos civiles y naturales.

Siguióse el juicio con oposición de los demandados, quienes opusieron las excepciones de cosa juzgada, petición de modo indebido e ilegitimidad de su personería, y el Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín lo falló el 31 de mayo de 1947, absolviendo a aquéllos de todos los cargos.

Por apelación concedida al actor, ese fallo fué confirmado por el Tribunal Superior de Medellín en sentencia de 22 de junio de 1948, contra la cual interpuso aquél el recurso de casación, que fué admitido y ha sido sustanciado legalmente, por lo cual se procede a decidirlo.

El recurso.—La acusación de la sentencia se presenta por dos aspectos: primero, en relación con la acción principal de nulidad del remate, por falta de las formalidades prescritas para hacerlo; y segundo, respecto de la acción subsidiaria de pago indebido.

Acción principal. Primer cargo—Hízose el remate el 24 de agosto de 1945. El anuncio fue publicado en el número 3 del periódico "Estrados", de fecha 23 del mismo mes. Acerca de ésto dice la sentencia: "Lo que hubo fue que el periódico hizo la publicación un poco tarde, lo que no constituye motivo de nulidad, en razón de que los avisos se dieron oportunamente en carteles manuscritos fijados como lo ordena la ley".

Ataca el recurrente esta conclusión, porque conforme al inciso segundo del artículo 1038 del C. de P. C., "si en donde se hace el remate se publican periódicos, el aviso se dá en uno o en varios de ellos, fuera de los carteles".

Considera que "la disposición copiada establece una formalidad prescrita para el valor del acto del remate en cosideración a la naturaleza del mismo y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan, luego el omitirla constituye una nulidad absoluta conforme al artículo 1741 del Código Civil, en lo que se refiere a un remate que se verificó en un lugar donde se publican periódicos (Medellín) y en que la publicación por la prensa del aviso se hizo tardíamente".

Deduce, pues, la violación del artículo 1741, la cual "se tradujo en absolver... a la parte demandada de los cargos formulados en la demanda, uno de los cuales es precisamente la nulidad del remate y del juicio ejecutivo, por falta de formalidades que la ley exige", y deduce también la violación, por interpretación errónea, del inciso segundo del artículo 1038 del C. de P. C., "que es igualmente sustantivo, puesto que establece formalidades esenciales y tendientes a cumplir una finalidad del propio derecho civil sustantivo, en realción con la expropiación de bienes en juicio ejecutivo y su trasmisión en propiedad al rematador".

Segundo cargo.—Descansa en la misma base que el anterior: la falta de publicación oportuna del anuncio del remate, que el Tribunal no consideró causa de nulidad de ese acto, por lo cual violó, directamente, el artículo 451 del C. de P. C., en su ordinal 2º; por falta de aplicación, aplicación indebida o interpretación errónea, el inciso segundo del artículo 1038 del mismo código y el artículo 2º de la ley 50 de

1936, este último "al limitar como limita la posibilidad de declarar nulidades absolutas a determinados casos, según los apartes copiados de la misma (sentencia), siendo así que conforme a esa disposición la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aún sin petición de parte, cuanto más tendrá que ser declarada cuando se han cumplido los trámites del juicio ordinario...".

Se considera: El remate, en cuanto sirve para efectuar una compraventa, es un acto jurídico, en que el juez es el representante legal del tradente vendedor, y la diligencia respectiva, aprobada judicialmente, se equipara a escritura pública. Pero es también un acto de procedimiento, que como tal ha de sujetárse a las formalidades que la ley prescribe, tanto preparatorias o antecedentes como concomitantes a la licitación misma, o posteriores a ella.

Por la primera faz, es decir, como acto jurídico, el remate se rige por los principios generales que gobiernan los actos y declaraciones de voluntad, y así, cuando de su nulidad se trate, habrán de buscarse los motivos de ésta en aquellos principios, cuya trasgresión acarrea la invalidez del contrato. Por el otro aspecto, la nulidad del remate como actuación procesal es cuestión puramente adjetiva, y las causas que pueden determinarla están taxativamente previstas en el código de Procedimiento. Allí se establece que la nulidad proveniente de la "falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes", una vez aprobado éste, "sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante" (inciso 2º del artículo 457).

Como bien lo observa el Tribunal, en el presente negocio discútese la nulidad del remate por su aspecto adjetivo, según está expresado claramente en los hechos y súplicas de la demanda, de suerte que a nada conduce invocar la violación de los artículos 1741 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, normas que se refieren sólo a la nulidad sustantiva, única que admite legalmente la calificación de absoluta o relativa.

Estas ideas han sido expuestas por la Corte en ocasiones diversas, como puede verse, entre otras, en las sentencias de 26 de septiembre de 1936 y 8 de septiembre de 1937 (G. J. Nº 1904, pág. 62, y Nº 1929, pág. 732).

Concretada así la cuestión y habiéndose publicado el anuncio del remate el día anterior al de la subasta, no puede afirmarse que se hubiera pretermitido esa formalidad, lo cual habría determinado, sin duda, la nulidad de ese acto; pero la circunstancia de que tal publicación no se hiciera antes de los veinte días que, como mínimo, señala el artículo 1037 del C. J., cuando de inmuebles se trata, pero sí antes, en todo caso, de la fecha de la licitación, no constituye omisión que implique nulidad del remate, pues lo esencial a este respecto es que el anuncio, que se hace por medio de carteles, preceda a lo menos aquel plazo al día de la subasta, y que, si en donde ésta se hace se publican periódicos, se dé el aviso en uno o en varios de ellos antes del remate.

La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada sobre estos particulares, y así, en casación de 28 de noviembre de 1938, en que contemplóse el caso de la publicación del anuncio en la prensa con sólo quince días de anticipación se dijo lo siguiente:

"Del contexto de tales preceptos (los artículos 1037 y 1038 C. J.) parece desprenderse, dentro de reglas de sana hermenéutica, que la forma general y estrictamente obligatoria como deben avisarse al público las subastas judiciales de inmuebles, es la de los carteles murales, y ésto se explica porque, como en la generalidad de los Distritos del país no existen órganos de prensa, viene a ser el cartel impreso el medio fácil y corriente de información de una noticia de esta índole. De allí que el Código Judicial lo haya establecido y consagrado como obligatorio en todos los lugares de la República, para hacer conocer del público la fecha y hora de los remates judiciales, amén de la ubicación y avalúo del bien raíz sometido a la venta en martillo.

"De manera que el aviso en los periódicos viene a ser, en realidad de verdad, un medio complementario del anuncio del remate, que si bien muy útil y eficaz para difundir la noticia al público, no viene a estar consagrado como forma general para realizar el mencionado anuncio. Ese carácter complementario se desprende del índice mismo de cultura del país, que no permite sostener en todos los municipios órganos periódicos de prensa. Por eso el legislador, atento a la realidad nacional, no pudo consagrar el aviso de prensa como requisito fundamental y *sine qua non* para las almonedas públicas, en todos los lugares de la Nación.

"Atendidas las anteriores circunstancias, parece lógico dentro de una sana exégesis de esas normas procesales, aceptar que la formalidad de que el anuncio preceda a la fecha del remate veinte días, por lo menos, debe ser cumplida estrictamente respecto de los carteles murales, pero no puede hacerse la misma rigurosa exigencia en lo que se refiere al aviso en un órgano periódico de prensa" (G. J. Nº 1943, pág. 438).

(Pueden consultarse también sobre ese particular las sentencias de 8 de septiembre de 1937 y 7 de

noviembre de 1943 (G. J. Nº 1929, págs. 732 y 733, y Nº 2001, pág. 255).

Lo dicho es suficiente para convencer que la fijación de los carteles con la anticipación exigida por la ley es requisito indispensable de la validez del remate, y que lo es también la publicación del aviso en la prensa, si hay periódico en la localidad, pero que aquella antelación no es necesaria para esto último, pues basta que el anuncio se publique antes del día del remate.

Dedúcese así que los cargos referidos son infundados, pues ni son aplicables a la nulidad demandada los artículos 1741 del C. C. y 2º de la ley 50 de 1936, ni se han violado, por el concepto de la acusación, las normas del C. de P. C. que el recurrente cita como infringidas por el sentenciador.

Acción subsidiaria. Primer cargo. Acusa el recurrente la sentencia por violación del artículo 2313 del C. C., como consecuencia de apreciación errónea o falta de apreciación "de la prueba contenida en la contestación al postulado *cuarto* del pliego de posiciones absueltas por el demandado doctor Honorio Velásquez, el 6 de mayo de 1944..., que dice: 'No es cierto. Aclaro sí que con el codeudor Isaías Escobar se verificó un arreglo con relación a la mitad del crédito' ".

Agrega que el fallador echó de menos la prueba de que la obligación demandada ejecutivamente había sido satisfecha antes, y que esa prueba existe y es la confesión referida, de la cual "resulta que mi poderdante no debía la totalidad o por lo menos parte considerable" del crédito; y que como Lázaro e Isaías Escobar eran deudores solidarios de tal obligación "el acreedor podía dirigir su acción contra cualquiera de ellos por el total de la deuda como principio general; pero no podía proceder así y hacer efectiva dicha totalidad de uno solo de los deudores, al ocurrir como ocurrieron hechos jurídicos determinados", es decir, el arreglo con Isaías por la mitad de la acreencia, confesado por el doctor Velásquez. Luego si éste, por medio de la vía ejecutiva y del remate, se hizo pagar los $ 2.804.00 que produjo la venta forzada del inmueble del codeudor Lázaro Escobar, quien sólo debía la mitad de la obligación, es claro que respecto de la otra mitad hubo pago de lo no debido, y como el Tribunal omitió apreciar esa prueba de confesión, "o si la tuvo en cuenta la apreció erróneamente, violó los artículos 2313 y siguientes del C. Civil, puesto que debió ordenar con base en esa prueba, la devolución de dicha mitad del crédito (por lo menos) con los intereses correspondientes que se hicieron pagar, tanto la una como los otros, por ministerio de la justicia a mi poderdante".

Y trae otro argumento el recurrente: que el arreglo entre el acreedor y el deudor solidario Isaías Escobar sustituyó la obligación primitiva por una nueva, lo que produjo novación, según el artículo 1687 del C. C., quedando extinguida totalmente la primera, y el Tribunal violó esa disposición, como consecuencia de no haber apreciado o de haber apreciado erróneamente la aludida prueba de confesión, incurriendo en error de derecho y en error de hecho manifiesto y violando también los artículos 2313 y 1576 del mismo Código; y que en la hipótesis de que el arreglo expresado hubiera tenido por objeto exonerar gratuitamente a Isaías de la cuota correspondiente de la obligación, el acreedor sólo podía exigir del codeudor Lázaro el resto de la misma, que no podía exceder de la mitad del principal y de sus intereses, conforme al artículo 1575 del C. C., disposición que, en tal supuesto, fue infringida por interpretación errónea o falta de apreciación de la prueba referida, "incurriendo en error de derecho, puesto que debió reconocer en la sentencia el derecho de mi poderdante a repetir por la respectiva cuota de la deuda objeto de la condonación parcial, conforme al artículo 2313 y sus concordantes del C. Civil, que fueron igualmente violados".

Segundo cargo. Fúndase igualmente en no haber apreciado o haberlo hecho erróneamente el Tribunal la mencionada prueba de confesión, incurriendo en error de derecho, con violación del artículo 1741 del C. C., que señala como nulidad absoluta la producida por un objeto o causa ilícita, ilicitud de que adolece todo enriquecimiento sin causa, el cual deduce el recurrente de que el remate se verificó cuando ya se había extinguido por novación la obligación perseguida, a virtud del arreglo confesado por el acreedor con uno de los deudores solidarios. "Luego ese remate cuyo objeto fué pagarle al ejecutante una deuda de esta manera extinguida, careció de causa y el pago que con su producto se hizo al doctor Velásquez tuvo una causa inexistente y le procuró un enriquecimiento sin causa".

"Por consiguiente, tanto el remate como el pago son nulos absolutamente por falta de causa real y lícita, y al no declarar el Tribunal en la sentencia tal nulidad, habiéndose hecho la correspondiente petición en la demanda, incurrió en error de derecho, violando por falta de aplicación los artículos 1741, 1524 y 1704 del Código Civil, estando indicada tal aplicación", e infringió asímismo estas disposiciones y las de los artículos 1575 y 1687 ibidem, por falta de

apreciación o apreciación errónea de la prueba de confesión, al no declarar nulo el juicio ejecutivo, el cual, lo mismo que sus consecuencias "dejaron de tener causa en virtud de tal arreglo que produjo el efecto de extinguir por novación la obligación perseguida, dando lugar al enriquecimiento sin causa por parte del ejecutante"; y al mismo resultado se llega en la hipótesis de condonación de la deuda en la cuota correspondiente a Isaías Escobar, de que ya se habló.

Se considera: Adujo el Tribunal dos razones para rechazar la acción de repetición por pago de lo no debido, a saber:

La primera se enuncia con estas palabras: "Y no se diga que Escobar fue ejecutado por una cantidad que ya había pagado, y que al pagar por segunda vez venía a resultar pago de lo no debido. Ello no puede tener cabida en el caso que se debate. Ese primer pago de que habla el señor Escobar quiso acreditarlo en el incidente de excepciones que propuso dentro del mismo juicio ejecutivo y en el cual fue vencido. En efecto, el señor Juez declaró que el pago no estaba comprobado y ordenó que se siguiera la ejecución y se remataran los bienes embargados. Se dirá que esa sentencia de excepciones no funda la excepción de cosa juzgada, y en consecuencia puede revisarse por la vía ordinaria. Efectivamente. Pero para que esa sentencia pierda la fuerza relativa de que queda investida con su ejecutoria, es necesario que, previas las formalidades legales de un juicio ordinario haya sido revisada e infirmada. Y ello no ha ocurrido en el caso de estos autos. La sentencia de excepciones aquí conserva su fuerza porque no ha sido infirmada, y esa infirmación no puede hacerse tampoco por medio de esta sentencia, porque a ese respecto no ha habido petición ni a ese respecto se ha abierto debate. Si el actor en este juicio señor Escobar pretende que la sentencia de excepciones en que se declaró no probado el pago que él dice haber verificado antes, sea revisada y revocada o reformada debe valerse de los medios que para ello le ofrece la ley".

La segunda, ya conocida, dice: "El tercero de los problemas estudio (sic) consiste en saber si el actor señor Escobar tiene derecho a repetir del doctor Honorio Velásquez el pago que él dice de lo no debido. Como entre el pago de lo que no se debe y el derecho de repetir existe una perfecta relación de causalidad, resulta obvio que para declarar el derecho a repetir es necesario comprobar previamente el pago hecho y la calidad de no debido. Para que esta solicitud pudiera prosperar sería indispensable la prueba de que la obligación demandada compulsivamente había sido satisfecha antes, pero esa demostración no se produjo".

Ahora bien, el recurrente hase limitado a combatir el segundo de los razonamientos expresados, pero no ha acusado el primero, que por sí es suficiente para sostener la sentencia en esa parte. De consiguiente, a nada conduciría entrar a examinar si realmente hay en autos prueba de confesión del pago del crédito que sirvió de recaudo al juicio ejecutivo, pues aún admitiendo que exista plena prueba de ese hecho y que, por tanto, el sentenciador incurriera en los errores que se le imputan, se llegaría a la misma conclusión absolutoria, mientras esté en pie el fallo de excepciones, que desconoció el pretendido pago anterior.

No prosperan los cargos que han quedado analizados.

Por último, quéjase el recurrente de error de derecho y error de hecho manifiesto en la apreciación de la escritura 3450 de 27 de agosto de 1927, de la diligencia de remate y del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de folios 7 y siguientes del cuaderno de pruebas del opositor en la primera instancia, "en lo que se refiere a identidad de la finca, cuya mitad fue rematada y al aceptar como probada tal identidad con base en esos documentos, uno de los cuales (el certificado) ni siquiera aparece debidamente autenticado por el funcionario que lo expidió".

Y añade que tal error condujo al Tribunal a rechazar la acción del actor, violando con ello los artículos 451 y 1008 del C. de P. C. y el 1741 del C. C., "puesto que no apareciendo del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos clara relación de identidad entre el bien embargado y el de que dá cuenta la escritura número 3450... debió cesar la persecución sobre él y cancelarse el embargo: y, consecuencialmente no verificarse el remate por falta de base jurídica, lo que debió declarar así la sentencia aceptando la correspondiente petición del actor sobre nulidad del juicio ejecutivo y del remate".

Se considera: El cargo es innocuo, porque si el sentenciador hubiera incurrido en los errores que se le imputan, ello a lo sumo significaría que el juicio ejecutivo adoleció de la irregularidad apuntada, la cual habría debido subsanarse, por los medios legales, dentro del mismo juicio en que se produjo. Las causas de nulidad adjetiva están taxativamente señaladas en el procedimiento. Unas son comunes a todos los juicios; otras especiales para el

ejecutivo (artículos 448 y 451 del C. de P. C.). Ninguna de ellas comprende la irregularidad a que el cargo se refiere. Pero ni aún admitiendo que tal irregularidad tuviera ese alcance, podría pedirse la declaración de nulidad por la vía ordinaria, pues este recurso está expresamente limitado a los dos casos que prevé el artículo 457 del citado código.

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 recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha veintidos de junio de mil novecientos cuarenta y ocho.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

Gerardo Arias Mejía — Alfonso Bonilla Gutiérrez—Pedro Castillo Pineda — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO — CUANDO PUEDE VARIARSE EN CASACION LA APRECIACION QUE EL TRIBUNAL HIZO DE LAS PRUEBAS DEL JUICIO

Formóse su convicción plena el fallador, del previo estudio del conjunto de las pruebas allegadas para establecer el extremo a que había quedado limitado el litigio: la existencia o no de la ceguera de la testadora en la fecha del otorgamiento de su testamento, con aplicación de las reglas generales de la sana crítica y dentro de la órbita de la relativa libertad de apreciación de la prueba, que la ley dá al juzgador en estos casos, y bajo la consideración de que la parte demandada no aportó testigos, ni otras pruebas, que contradijeran las de la demandante, y qué, por lo menos colocaran la situación creada con aquéllas en la condición de dudosa.

Aún más: el Tribunal dió la razón clara de por qué aceptó las declaraciones aportadas por el demandante: por referirse ellas a las situaciones concretas de que la señora Rosaura Cancelada v. de Rodríguez, tenían que conducirla de la mano al caminar, darle los alimentos por tercera mano, que no distinguía los colores, había que identificarle las personas con quienes conversaba, etc., y ser considerada por el vecindario en general como ciega incurable, lo que le daba el carácter de notoriedad a su ceguera. Esto es, ser concordantes en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y "exposiciones razonadas y explicadas que arrojan la convicción plena de que la testadora estaba físicamente incapacitada para comprobar mediante el sentido de la vista la identidad de voluntad con el contenido escrito del instrumento público notarial que se examina en este juicio".

En este orden de cosas, para llegar a modificar la apreciación del fallador sobre los elementos probatorios con que dió por demostrado el hecho único debatido, habría necesidad de establecer, a su vez, que él interpretó equivocada o erróneamene las declaraciones traídas para destruír la presunción del estado de sanidad física de la testadora, que opera en estos eventos, y que esa equivocación o error se muestra patente en los autos; o que dejó de tener en cuenta otras declaraciones de mayor fuerza que aquellas que él estimó bastantes, u otras pruebas que respaldan la presunción que él consideró destruída, consolidándose así la posición procesal presuntiva de la parte demandada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre veintiseis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antcedentes:

Josefina Cancelada, instauró demanda ordinaria de mayor cuantía ante el Juzgado Civil del Circuito de Pacho, para que con audiencia y citación de los señores doctor *Abelardo Fernández Bustos*, *Arturo Rienzi Aguilar* o *Rodríguez* y *Eladia Cancelada*, albacea con tenencia de bienes y legatarios designados en el testamento contenido en la escritura número 1104 de 9 de diciembre de 1943, otorgado ante el Notario del Circuito de Pacho, por la señora *Rosa* o *Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez*, se hagan las declaraciones que a continuación se transcriben:

"Primera.—Que es nulo, absolutamente en todas sus partes, el acto testamentario otorgado por la señora Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez, ante el señor Notario del Circuito de Pacho, el día nueve (9) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) y que consta por medio de la escritura pública número mil ciento cuatro de 9 de diciembre de 1943, de la Notaría del Circuito de Pacho.

"Segunda.—Que como consecuencia de la declaración de nulidad demandada anteriormente, el juicio de sucesión de la señora Rosa o Rosaura Cance-

lada vda. de Rodríguez, juicio de sucesión que se adelanta en el Juzgado del Circuito Civil de Pacho, debe registrarse por las normas legales sobre sucesión intestada, y no por las disposiciones consignadas en el testamento que consta por medio de la escritura mil ciento cuatro (1104) de nueve (9) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), de la Notaría del Circuito de Pacho.

"Tercera.—Que, como consecuencia de la declaración de nulidad demandada en la petición primera, el señor doctor Abelardo Fernández Bustos debe restituír a la sucesión intestada de la señora Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez todos los bienes propios de esa sucesión, así como los frutos naturales y civiles producidos por dichos bienes desde el día en que el nombrado doctor Rodríguez aceptó el cargo de albacea con tenencia de bienes de la señora Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez, hasta el día en que se verifique esta entrega.

"Cuarta.—Que como consecuencia de la declaración de nulidad demandada, se ordene al señor Notario del Circuito de Pacho y al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Pacho, la cancelación de la escritura pública número mil ciento cuatro (1104) de nueve (9) de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres (1943) de la Notaría de Pacho y la cancelación del Registro de la misma escritura, respectivamente.

"Quinta.—Que las personas que se opongan al dictado de las declaraciones demandadas deben pagar a mi mandante, o a quienes sus derechos representen, las costas de este juicio".

Como fundamento de hecho de estas peticiones se alegan:

Que el 9 de diciembre de 1943, la señora Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez sufrió una caída desde el piso alto de la casa donde vivía, la cual le ocasionó una herida en la cabeza que le produjo trastornos mentales; a la enferma se le aplicaron inyecciones "sedol", droga de efectos alucinantes que agravó su estado mental; y hallándose en este estado insano, "se presentaron el señor Notario de Pacho, el doctor Abelardo Fernández Bustos y los testigos señores Ernesto Garavito, Jorge Ponce y Luis F. Sánchez a la habitación en donde se encontraba reducida al lecho la señora mencionada. El señor Notario leyó en voz alta el texto de la minuta del instrumento por medio del cual se hace constar el otorgamiento del testamento de la señora Rosa o Rosaura Cancelada de Rodríguez, preguntó a ésta si lo leído estaba de acuerdo con la verdad y con su voluntad, y la enferma contestó únicamente "Sí".

Que la otorgante señora Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez *era ciega* desde tiempo antes de la caída que sufrió, y lo estaba en el momento de otorgar su testamento, el día 9 de diciembre de 1943, ante el Notario de Pacho; la minuta de este instrumento fué escrita por el doctor Abelardo Fernández Bustos, sin que la testadora interviniera en forma alguna en su redacción, que el instrumento público que lo contiene, "no fué leído dos veces, una por el Notario y otra por uno de los testigos designado por la testadora, ni se dejó en el testamento constancia de esa circunstancia, como lo manda el art. mil setenta y seis (1076) del C. C., sino que ese instrumento fué leído en voz alta por el señor Notario únicamente en el momento del otorgamiento".

Que la demandante es hermana natural de la testadora y que ésta es hija natural de Juana Cancelada; y el testamento instituye como legatarios a los señores Antonio, Arturo y Rienzi Aguilar o Rodríguez; y a Presentado Cancelada y a las señoritas Josefina y Eladia Cancelada, como legatarios de usufructo; y al doctor Abelardo Fernández Bustos, como albacea con tenencia de bienes, quien ha venido ejerciendo el cargo desde la fecha del instrumento público en que consta el testamento.

El juicio de sucesión de la señora Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez cursa en la actualidad en el Juzgado del Circuito Civil de Pacho y tiene como fundamento el acto testamentario impugnado.

El 29 de octubre de 1948 se expidió la sentencia de primer grado por el Juez Civil del Circuito de Pacho, en la cual se accede a las peticiones de la demanda: nulidad del testamento otorgado por la señora Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez, contenido en la escritura pública número 1104 de 9 de diciembre de 1943, de la Notaría del Circuito de aquel lugar; cancelación de este instrumento y del registro respectivo; la sucesión de la testadora deberá regirse por las leyes que regulan la sucesión intestada; y condena al doctor Abelardo Fernández Bustos a restituír a la sucesión intestada de la señora Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez, los bienes que tenga en su poder y que administre, correspondientes a esa sucesión, con sus frutos naturales y civiles respectivos desde el día en que hayan ingresado a su poder como albacea testamentario con tenencia de bienes, hasta el día en que se verifique la restitución decretada. Sin costas.

El recurso de apelación interpuesto por las par-

tes, contra aquella sentencia, dió motivo a la segunda instancia, la cual fué decidida en resolución definitiva de 3 de noviembre de 1949, confirmatoria de la de primer grado.

Después de estudiar la cuestión relativa a la personería sustantiva de las partes y hallarla demostrada en los autos, el Tribunal dá como fundamentos de su fallo confirmatorio los siguientes:

Que, la acción principal que se deduce de la demanda, es la de nulidad del testamento solemne otorgado por Rosa o Rosaura Cancelada vda. de Rodríguez, protocolizado bajo la escritura 1104 de 9 de diciembre de 1943, de la Notaría de Pacho, con base en la omisión de la formalidad prescrita por el artículo 1076 del C. C. en cuanto ordena que: "El ciego podrá sólo testar nuncupativamente y ante Notario o funcionario que haga veces de tal. Su testamento será leído en alta voz dos veces: la primera por el Notario o funcionario, y la segunda por uno de los testigos, elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento"; partiendo de la base o del hecho de que la testadora era o estaba *ciega* en el momento de testar.

Sobre el hecho de la ceguera de la testadora, extremo al cual quedó restringido el debate, el Tribunal acoge los fundamentos del fallo que revisa en grado de apelación, y agrega estas otras consideraciones: "La cuestión de hecho fundamental del litigio consiste en determinar, en vista de las pruebas, si la testadora Rosa o Rosaura Cancelada v. de Rodríguez, podía comprobar por medio del sentido de la vista la identidad de su expresión de última voluntad con las declaraciones de la escritura pública número 1104 de 9 de diciembre de 1943, de la Notaría de Pacho, ora porque estuviera capacitada para leer dicho instrumento por sí misma, o bien porque lo estuviera para confrontar el instrumento a que se daba lectura como tal".

Que hay dos clases de cegueras: *totales o acromáticas*, y *parciales*; y los elementos de convicción de la causa confluyen a demostrar una total en la testadora Rosa o Rosaura Cancelada v. de Roríguez.

Así, como pruebas documentales se adujeron, de la primera instancia, por el actor, dos que no fueron tachadas por la contraparte: la tarjeta de identidad postal Nº 2577, de 25 de septiembre de 1942, expedida en Pacho a favor de Rosa o Rosaura Cancelada v. de Rodríguez; y la copia notarial registrada de la escritura de protocolización número **1325, otorgada en la Notaría de Pacho el 5 de** diciembre de 1946, en que se transcribe el memorial poder que confirió aquélla, al doctor Abelardo Fernández Bustos para que la representara en el juicio de sucesión de Silvio Rodríguez o Cancelada, el cual fué presentado personalmente por dicha señora el 17 de octubre de 1942.

"La tarjeta expresa literalmente que la destinataria Rosa o Rosaura, "no puede firmar", y el correspondiente retrato de ella la exhibe ya para esa fecha con los ojos apagados, semicerrados los parpados, con la anotación: 'ojos oscuros ciegos' y 'ciega' al final. Y en la ante firma del memorial poder se lee: 'Rogado de Rosa Cancelada v. de Rodríguez quien manifiesta *no poder firmar por imposibilidad física. Arturo Aguilar*' ".

Analiza el fallador aquellos documentos, en relación con los arts. 1758 del C. C., 632 del C. J., y algunas disposiciones del Código de Régimen Político y Municipal y de las leyes postales, para expresar: que la tarjeta de identidad demuestra, con fuerza probatoria de documento auténtico, que la señora Rosaura Cancelada v. de Rodríguez, afirmaba, desde la fecha de su expedición, "no podía firmar"; y en cuanto, a la misma afirmación que contiene el memorial poder, es admisible como prueba su copia protocolizada, con valor probatorio de un documento privado reconocido (art. 648-1- y 645 del C. J.).

Después de asentar esta premisa, interrógase el sentenciador: "¿Por qué no podía firmar doña Rosa Cancelada v. de Rodríguez? y se contesta:

"Esta respuesta surge con claridad y precisión de la lectura de un gran número de testimonios hábiles, concordantes en cuanto a los hechos y circunstancias de modo, tiempo y lugar, cuyas exposiciones razonadas y explicadas arrojan convicción plena de que la testadora estaba físicamente incapacitada para comprobar mediante el sentido de la vista la identidad de voluntad con el contenido escrito del instrumento notarial que se examina en este juicio".

Estudia, enseguida, el Tribunal, la númerosa prueba testimonial aportada a los autos, en la segunda instancia y que "vienen por ello a reforzar la conclusión del sentenciador de primer grado sobre el punto de hecho concerniente al estado de ceguera de la testadora Rosa o Rosaura Cancelada v. de Rodríguez en el momento de otorgar el testamento controvertido en este juicio, conclusión que la Sala acepta con mayor razón como base del presente fallo".

El recurso

El de casación lo interpuso la parte demandada, con apoyo en la causal primera del art. 520 del C.

J. En la demanda que lo sustenta, formúlanse varios cargos contra la sentencia recurrida, por errores de derecho y de hecho en la apreciación de las pruebas documental y testimonial, en cuanto que, con ellas se dió por demostrada la ceguera de la testadora, violándose, consecüencialmente, las disposiciones del C. J. y las del C. C. que se citan en la parte final de aquella demanda de casación.

Esos cargos pueden dividirse en dos grupos: el primero, comprende los que se refieren a la prueba documental; y el segundo, los que tienen como objetivos la testimonial, y en este orden se estudian.

a) Error de derecho al estimar la tarjeta de identidad postal expedida a la testadora Rosa o Rosaura Cancelada v. de Rodríguez, al darle a la declaración contenida en ella, el valor de prueba documental del defecto físico de ceguera a su destinataria, por cuanto en las funciones del Administrador de Correos y Telégrafos de Pacho, no estaba la de dar fe del estado de sanidad de la persona a quien se extendió la tarjeta.

b) Error de hecho y de derecho al estimar el memorial poder otorgado por la misma señora v. de Rodríguez, incorporado en la escritura pública Nº 1325 de 5 de diciembre de 1946, de la Notaría de Pacho; y que se hace consistir:

En que la otorgante no expresó en el memorial poder, que no firmaba por estar ciega, sino por una imposibilidad física indeterminada; que tampoco es cierto que esa declaración constituya confesión de la señora Rosaura de Rodríguez, porque tal documento no se otorgó para dejar constancia de la ceguera, como hecho principal declarativo, ni ella se hizo en el juicio. Además, el dicho de la señora de Rodríguez sobre su imposibilidad física para firmar, auncuando fuera porque no veía, no es prueba idónea para demostrar ese defecto físico, que podía ser más o menos inhibitorio, pero no determinante de la ceguera total que contempla la ley y que dió por establecida el Tribunal".

Se considera:

Es cierto que el sentenciador califica de documento auténtico, la tarjeta de identidad postal, y de documento privado reconocido, al memorial poder. No para deducir de las calidades que les atribuye, la virtud legal de constituír plena prueba del hecho de la ceguera de la señora Rosaura de Rodríguez. Lo que lo lleva a la convicción plena de la existencia del hecho escueto, objetivo, de la ceguera de ésta, es el estudio de las demás probanzas, el del crecido número de testimonios aducidos por el actor, sin consideración a las causas determinantes del defecto físico de la paciente, cuestión técnica, que sí requeriría el dictamen de los especialistas en la materia, pero, ella no está sub-judice.

Parte, pues, el recurrente, de una posición meramente conceptual del fallador, de la calificación atribuída a aquellos documentos, y por este concepto, deduce que estimó esos elementos como demostrativos del hecho de la ceguera de la testadora, cuando en realidad, lo que dió por establecido fué un hecho perfectamente distinto: que ésta, "no podía firmar", por imposibilidad física para hacerlo, desde la fecha de la expedición de la tarjeta de identidad postal, confirmada posteriormente en el memorial poder. Situación que la hace desprender de la declaración de la propia otorgante, contenida en los textos de los documentos y de la cual dan fe los funcionarios públicos, que expidió una, y autenticó el otro. Así lo indica también, el interrogante inmediato al análisis de esos elementos, que el Tribunal formula: "¿Por qué no podía firmar doña Rosa Cancelada v. de Rodríguez?"; y la respuesta que se dá a su propia interrogación, la cual se ha dejado transcrita en los antecedentes del litigio al consignarse los fundamentos del fallo recurrido.

No pudo el Tribunal incurrir en los errores que se le atribuyen, en la apreciación de la prueba documental, si dedujo de ella la afirmación, o mejor, el hecho de que la testadora "no podía firmar", por imposibilidad física para hacerlo, desde la fecha que llevan los documentos atacados, si éstos contienen la declaración expresa de la otorgante en el mismo sentido, si el propio recurrente así lo acepta; y más, si aquella deducción legal no se halla contradicha, como no lo está, por otras pruebas de mayor, ni siquiera menor fuerza, que las fuentes de donde la dedujo, y sin que de tales escritos surja o se patentice el error del Tribunal.

Por otro aspecto, se impugna la sentencia, por haberse incurrido en ella en un error de derecho en la apreciación de la prueba —tarjeta de identidad postal— porque se estimó en más o en menos su contenido propio, atribuyéndole una fuerza probatoria que no tiene en sí misma, porque tal estimación cubre un hecho no contenido en la prueba, el de la ceguera de la testadora, y en cuyo caso, el error es de hecho y no de derecho. En el reparo señalado con la letra b), invócase un mismo error como de hecho y de derecho involucrándose en un mismo motivo, lo que no es admisible, porque, auncuando figuren los dos errores bajo una misma causal, en la de violación indirecta de la ley sustan-

tiva, ellos son dos medios distintos de casación. No son, pues, admisibles los cargos alegados.

c) Cuatro reparos, en relación con la prueba testimonial, formúlanse a la sentencia recurrida, que se hacen consistir en errores de derecho y de hecho en la estimación de algunos testimonios, los cuales se indican en los respectivos ataques y que pueden puntualizarse así:

Que se dió fuerza de confesiones a algunas declaraciones de personas interesadas en el juicio; y a otras, fuerza probatoria, que comienzan por la del médico doctor Luis Enrique Castillo y terminan en la de Oliverio Maldonado, sin que ninguna dé "constancia con conocimiento personal, como lo sostiene el Tribunal, de la ceguera de la testadora".

Que, "los testigos y deponentes en confesión han debido referir hechos que permitieran presumir, deducir y aún aceptar esa ceguera, pero esa presunción, esa deducción o aceptación no eran atributo de los testigos. Han podido decir que la señora Rosaura Cancelada se les presentaba a ellos con los ojos entrecerrados, que los tenía empañados o nebulosos, que no podía andar por sí sola sino que lo hacía con el soporte o apoyo de otra persona, pero no podían afirmar que la señora Rosaura Cancelada por razón de esos hechos era ciega, porque eso venía a ser un concepto de los testigos, que ellos no podían dar con pleno y absoluto conocimiento. El concepto de la ceguera de la testadora deducible de esos hechos debió haberse pedido a expertos en oftalmología o a médicos oculistas".

El recurrente desenvuelve en relación con algunos testimonios los cargos puntualizados, y sostiene que con los errores de derecho y de hecho anotados, "la sentencia violó los arts. 632 y 637 del C. J. y 1761 del C. C.; los arts. 613, 604, 605, 606, 669, 697 y 705 del C. J. Y como esos errores indujeron al Tribunal a dar por probada la ceguera de la testadora, y en virtud de éso echar de menos la doble lectura del testamento litigioso y la constancia en él de haberlo observado, y en cuanto no se observó, se decretó la nulidad demandada, el Tribunal violó el art. 1076 del C. C.".

Se considera:

a) El Tribunal estimó las confesiones de Eladia Cancelada, Abelardo Fernández Bustos, Arturo Rodríguez y Rosa María Quintero de Segura, como testimonios colaterales que convergían a demostrar el hecho de la ceguera de la testadora; pero no, únicamente, por lo que se desprende de esas confesiones se formó ese concepto, sino que las encontró que corroboraban el dicho de muchos testigos aducidos por el actor, sobre el particular.

Además, el Tribunal no tomó aquellas confesiones, como hechos personales de los absolventes, sino como hechos de que tienen conocimiento, y que, a su vez, se hallan confirmados en los autos, con las declaraciones no atacadas en casación. Bien podría prescindirse pues, de esos elementos de prueba, sin que la sentencia sufra menoscabo alguno: el resto de los testimonios, que es numeroso, diez y ocho declaraciones, mantendrían su firmeza. Lo propio sucede con las otras declaraciones objetadas, si los testigos a que el ataque se contrae, dicen no constarles personalmente el hecho de la ceguera de la testadora, tampoco niéganlo, sino que se limitan a manifestar que tienen conocimiento indirecto, por referencia, de él, por afirmarlo así el vecindario general de Pacho, lugar donde residía últimamente la señora Rosaura Cancelada v. de Rodríguez.

b) Por otra parte, si existe la presunción del estado de sanidad física del testador, y sólo cuando ella se destruye plenamente, es cuando la voluntad expresada en el acto testamentario, no tiene eficacia legal, el actor con el fin de destruír esa presunción, contribuyó para el establecimiento del hecho escueto u objetivo de la ceguera de la testadora Rosaura de Rodríguez, con una abundantísima serie de testimonios, que el fallador, enlaza con la prueba, que él denomina documental, estimó como demostrativas de la imposibilidad física de doña Rosaura para firmar, desde fecha anterior a la del otorgamiento de su testamento; y ese estado o defecto físico, no era otro que su ceguera en esa fecha.

Formóse, pues, su convicción plena el fallador, del previo estudio del conjunto de las pruebas allegadas para establecer el extremo a que había quedado limitado el litigio: la existencia o no de la ceguera de la testadora en la fecha del otorgamiento de su testamento, con aplicación de las reglas generales de la sana crítica y dentro de la órbita de la relativa libertad de apreciación de la prueba, que la ley dá al juzgador en estos casos, y bajo la consideración de que la parte demandada no aportó testigos, ni otras pruebas, que contradijeran las de la demandante, y que por lo menos, colocaran la situación creada con aquéllas en la condición de dudosa.

Aún más: el Tribunal dió la razón clara de por qué aceptó las declaraciones aportadas por el demandante: por referirse ellas a las situaciones concretas de que la señora Rosaura Cancelada v. de Rodríguez, tenían que conducirla de la mano al caminar, darle los alimentos por tercera mano, que

no distinguía los colores, había que identificarle las personas con quienes conversaba, etc., y ser considerada por el vecindario en general como ciega incurable, lo que le daba el carácter de notoriedad a su ceguera. Esto es, ser concordantes en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y "exposiciones razonadas y explicadas que arrojaban la convicción plena de que la testadora estaba físicamente incapacitada para comprobar mediante el sentido de la vista la identidad de voluntad con el contenido escrito del instrumento público notarial que se examina en este juicio".

En este orden de cosas, para llegar a modificar la apreciación del fallador, sobre los elementos probatorios con que dió por demostrado el hecho único debatido, habría necesidad de establecer, a su vez, que él interpretó equivocada o erróneamente las declaraciones traídas para destruír la presunción del estado de sanidad física de la testadora, que opera en estos eventos, y que esa equivocación o error se muestra patente en los autos; o que dejó de tener en cuenta otras declaraciones de mayor fuerza que aquellas que él estimó bastantes, u otras pruebas que respaldan la presunción que él consideró destruída, consolidándose así, la posición procesal presuntiva de la parte demandada. Pero, en el juicio, nada de ésto ha sucedido, la realidad en éste, es la de que se trata de una deducción legal del fallador que no adolece de error manifiesto, que está cimentada en la directriz de la aplicación de la regla general de la sana crítica, y en el uso de la libertad de apreciación relativa de la prueba que la ley le dá en estos casos, no contradicha con pruebas de mayor valor, puesto que, éstas ni siquiera se aportaron.

c) En cuanto al cargo de inhabilidad de la prueba testimonial para demostrar la ceguera de la testadora, tiene establecido la Corte, a este respecto:

"Si es evidente que el testigo debe declarar siempre sobre hechos precisos, que caigan normalmente bajo el dominio de sus sentidos, también lo es, que pueden ser materia de su propia y directa percepción, los hechos indicativos del estado de ceguera de un enfermo, cuando el testigo pudo comprobar que andaba a tientas y como lo hace una persona que carece del sentido de la vista, que necesita lazarillo para salir a la calle, etc., y en fin, que en todos sus actos obraba como quien carece de la vista para orientarse y para actuar. Son signos externos y síntomas visibles de quien carece de un órgano necesario en la vida. Es claro que el origen de la afección, su carácter y desarrollo, no podrían determinarse sino por medio de peritos, pero el hecho material de la carencia del sentido, sí pudo establecerse por medio de la prueba testimonial" (G. J. Tomo LXXI. Nº 2110 y 2111. Sentencia 28 de febrero de 1952).

En tal virtud, se rechazan los cargos estudiados. Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha tres (3) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949).

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pablo Emilio Manotas.—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña. — Manuel José Vargas.—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA Y SUBSIDIARIA DE CUMPLIMIENTO DEL MISMO. — LA ACCION ESPECIAL DE QUE TRATA EL ARTICULO 887 DEL C. C., NO TIENE LUGAR CUANDO EL CUMPLIMIENTO SE DEMANDA EN SUBSIDIO DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO

1.—Ya por tratarse en la permuta de un contrato bilateral, o por la regla de que a tal contrato le son aplicables las disposiciones relativas a la compraventa, es el caso de que el vendedor o permutante es obligado a entregar la cosa vendida o permutada inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él.

Si el permutante, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios, según las reglas generales.

Tal doctrina es una aplicación especial del artículo 1546 del C. C., según el cual en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, con motivo de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución, o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (artículo 1880), pone al comprador en la alternativa para perseverar en el contrato o desistir de él (art. 1882).

Sólo pueden enervarse estas acciones cuando en el caso del artículo 1882 el comprador está en mora de cumplir su obligación y cuando, en el caso del artículo 1930, el vendedor no ha cumplido con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales.

Puede también enervarse la acción resolutoria cuando el contratante contra quien se ejercita, demuestra que, o por fuerza mayor, o por un caso fortuito, no imputable a él, no pudo cumplir su obligación en los términos pactados. Entre estos casos liberatorios, se cuenta el acto de quien pide la resolución.

Es de notar que las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto cuya resolución se demanda.

2. — Toda obligación contractual ES DE MEDIOS Y A RESULTADO, es decir, consiste siempre en emplear, en cuanto sea posible, los medios necesarios para realizar un resultado. La clasificación se funda en que éste puede consistir, en el fin objetivo que el acreedor persigue, o apenas en los servicios que usualmente se prestan para alcanzarlo. Mas, en todo caso, se persigue en una u otra obligación, un resultado.

Se puede decir, pues, que en toda obligación se persigue un resultado, ya objetivo, ya de pericia y diligencia.

Cuando la obligación es a resultado objetivo, el acreedor debe probar, en algunos casos, la falta de ejecución o de pago; al deudor no le queda entonces otro recurso sino probar su inculpabilidad, o sea, el caso fortuito o culpa del propio acreedor. En otros casos, basta que el acreedor niegue la ejecución o pago; el deudor dispone entonces de dos recursos: probar el pago, o que no incurrió en culpa, por consecuencia de un caso fortuito.

En la causa extraña al deudor que lo liberta de la culpa en el cumplimiento de su obligación, se comprenden las actuaciones del propio acreedor. MIENTRAS QUE LA PRESTACION PROMETIDA SEA DE POSIBLE EJECUCION, EL DEUDOR ESTARA OBLIGADO A EJECUTARLA.

3.—La acción especial que consagra el artículo 887 del C. J. para que el tradente no retenga materialmente en su poder la cosa enajenada, tiene lugar cuando pura y sim-

plemente se promueve la acción correspondiente por la persona a quien se le ha transferido el dominio, como acción del contrato, pero cuando ya no solamente se exige la entrega, sino que, en desarrollo del artículo 1546 del C. C., se demanda la resolución y en subsidio el cumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios o la entrega de frutos, ya no puede buscarse otra vía que la ordinaria, donde ambas partes pueden demostrar las circunstancias que dieron origen al incumplimiento por una parte, y al reconocimiento de perjuicios o pago de frutos, por la otra.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Ante el Juez Civil del Circuito de Jericó, los señores Manuel Antonio Sierra M. y Margarita Osorio de Sierra, cónyuges entre sí, demandaron al doctor Francisco A. Sierra M., por la vía ordinaria, para que se declare resuelto, por incumplimiento de éste, el contrato de permuta de ciertos bienes raíces que los liga y de que dá cuenta la escritura pública número 709 de 23 de septiembre de 1944, de la Notaría de allí mismo, y que por igual razón se declare resuelto también el contrato relativo al pago de intereses, estipulados en la parte final del memorado instrumento, y que como consecuencia de la declaración que suplican, las propiedades permutadas han de volver a poder de sus antiguos dueños.

En subsidio se pide que se decida que el predio rústico denominado "La Coca", alinderado como consta en la escritura de permuta, es de propiedad de los demandantes; que el demandado está obligado a restituírlo dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a la litis, o dentro del plazo prudencial que se indique; que se tenga a Sierra como poseedor de mala fe del inmueble que se le demanda, para los efectos de la condena al pago de los frutos percibidos o que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, desde el primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco hasta el día de la entrega; que si se le llegare a reputar como poseedor de buena fe, "se le condene a devolver o entregar los frutos que ha podido producir la finca "La Coca", con mediana inteligencia y actividad desde el día de la contestación de la demanda hasta cuando se opere la entrega".

Como hechos, se relatan: la celebración del contrato que se legalizó por medio del instrumento público número 709 mencionado, en el cual merecen destacarse las siguientes cláusulas: "Agrega el permutante presbítero doctor Francisco A. Sierra M. que la entrega legal de la finca "El Cedrón" denominada "La Coca" la realiza por medio del presente instrumento (sic) y la entrega material la verificará a más tardar el día primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945); en caso de que en esta fecha no verificare la entrega del inmueble en referencia, reconocerá y pagará al permutante Manuel A. Sierra M., el interés del 6% anual, sobre la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000) moneda legal, que es el valor total del inmueble "El Cedrón", cuyos intereses los cubrirá por trimestres vencidos, a contar todo desde la fecha de esta escritura en adelante". Instrumento que lleva fecha veintitres de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944). Más adelante se agrega: "En este estado advierten los contratantes: que en caso de que el permutante Pbro. Francisco A. Sierra no pudiere dar cumplimiento a la entrega material de la finca "El Cedrón" el día primero de enero de 1945, desde esta fecha en adelante pagará el interés ya estipulado y el Pbro. Sierra recibirá los productos de la mitad de la finca hasta el día que verifique la entrega material de ella".

Entre los hechos, además de los que se dejan enunciados, expresan los señores Sierra-Osorio que cumplieron con la obligación de pagar lo que por su parte les correspondía; que, sin embargo, el demandado dejó transcurrir el día prefijado para la entrega del inmueble de "La Coca", sin efectuarlo; que en caso de mora, se estableció el compromiso por parte del obligado, de cubrir por trimestres vencidos, un interés del seis por ciento (6%) anual sobre la suma de quince mil pesos ($ 15.000), señalados como precio del inmueble en referencia, subsistiendo siempre el deber de entregar; que aplicándose al contrato de permuta las mismas reglas de la compraventa la no entrega de la cosa permutada dá derecho a la resolución del contrato y pago de perjuicios; que el demandado no realizó lo estipulado en la escritura número 709, o sea que no entregó la cosa, ni cubrió los intereses, lo que permite a los acreedores pedir la resolución de la permuta y perjuicios.

Que el hecho de señalar para la mora el reconocimiento de intereses sobre el valor de la cosa que el tradente Sierra se comprometió a entregar, no puede tomarse como el señalamiento de un plazo indefinido, máxime cuando "se subordina a la no entrega para el primero de enero de 1945", por lo cual —agrega— la acción subsidiaria que proponen sobre cumplimiento de lo pactado, es tan viable como la principal y es acumulable a la resolutoria para ser decidida en defecto de la primera.

Sentencia de primera instancia

El Juez del conocimiento declaró probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido, por considerar que la acción resolutoria del contrato y la de cumplimiento del mismo, son contrarias, y por lo tanto no pueden ejercitarse en una misma demanda, aún en la forma de principal y subsidiaria presentada.

La sentencia recurrida

Por apelación interpuesta por los demandantes, los autos fueron enviados al Tribunal Superior de Medellín, donde al final de la actuación de segundo grado, se revocó la apelada, por ser conducente la acumulación de las acciones en la forma ejercitada; mas considera el sentenciador que la de resolución no puede prosperar, porque no se demostró culpa en el demandado al no hacer la entrega en la fecha convenida, como quiera que, según lo entendió demostrado, no existió aquélla al no efectuarse la entrega material del bien, entre otras razones, por no haber comparecido los cónyuges Sierra-Osorio a recibir, y que "tampoco es procedente la acción ejercitada subsidiariamente en vista de las razones apuntadas", y deja a salvo el derecho de los actores para proponer la acción especial, consagrada por el artículo 887 del C. J.

Dice la sentencia:

"Sentada esta base fundamental y aceptado el no cumplimiento de la prestación relativa a la entrega material de la finca denominada "La Coca", ya que es un hecho no controvertido la no entrega de este bien raíz, cabe este interrogante: ¿Existe en el caso hoy sometido a estudio culpa o falta alguna imputable al Pbro. Sierra M. por no haber verificado aún la entrega material del aludido inmueble?

"A la pregunta formulada se puede contestar negativamente en vista de las distintas constancias arrojadas por los autos. Es indiscutible que el cumplimiento de la prestación que debía llevar a cabo el Pbro. Sierra M., o sea, la entrega material de la finca denominada 'La Coca', requería la cooperación de los mandantes del doctor Valencia Restrepo, sin que pueda argumentarse que el pago pudo haberse hecho por consignación, ya que este medio de extinción de las obligaciones no es un deber sino un derecho consagrado en beneficio exclusivo del deudor. No se debe olvidar que hay casos en que el deudor queda exento de responsabilidad aunque la prestación no haya sido ejecutada; ocurre ésto siempre que la inejecución provenga de una causa extraña al deudor, causa que puede ser un hecho del acreedor.

"En el caso **sub judice,** según varias constancias procesales, está demostrado que el Pbro. Sierra M. ha estado dispuesto al cumplimiento de la prestación, o sea, a la entrega del bien inmobiliario ya singularizado, pero el señor Manuel Antonio Sierra M. no ha hecho acto alguno tendiente al recibo de tal bien. En efecto, el demandado, dentro del plazo fijado para la entrega material de la finca, comisionó al señor Bernardo Vélez Pérez para que a su nombre se trasladara al lugar donde está ubicada la finca a que se ha hecho alusión con el fin de entregársela materialmente a la parte demandante, entrega que no pudo efectuarse por no haber concurrido ésta al recibo de ella. Este acto tuvo su cumplimiento el 28 de diciembre de 1944 y se encuentra plenamente acreditado con las aseveraciones hechas bajo juramento por los señores Jesús M. Ospina (fs. 11 a 14 del cuaderno principal), Bernardo Vélez Pérez (fs. 19 y 20 ibidem) y Joaquín Sierra S. (fs. 14 y 15).

"Aún más: otros declarantes afirman que el Pbro. Sierra M. ha estado siempre dispuesto a verificar la entrega material de la finca "La Coca". También se anota que el demandado, al contestar la demanda, y al absolver las posiciones formuladas por el doctor Valencia Restrepo, ha manifestado clara y categóricamente que siempre ha estado dispuesto a verificar la entrega; que aún está dispuesto a cumplir tal prestación; y que nuevamente **requiere** al demandante para que proceda a recibir el bien inmobiliario debido por él.

"Finalmente, el demandante Manuel A. Sierra M., al absolver las posiciones formuladas por el señor apoderado de la parte demandada, aseveró nítidamente que él no se ha presentado a la finca denominada "La Coca" a ejercer actos de señor y dueño; y que durante el lapso comprendido entre el 1º de enero de 1945 y el 17 de mayo de 1947, día en que fueron absueltas las posiciones, no le ha

solicitado al Pbro. Francisco A. Sierra, ni directamente, ni por interpuesta persona, de manera formal, concreta y seria la entrega o posesión material de la finca denominada "La Coca".

"Ahora cabe preguntar: —continúa el fallo— ¿Qué motivo impulsó a los permutantes para que en la parte final de la escritura pública número 709 de 23 de septiembre de 1944 se consignara la cláusula trascrita en uno de los apartes dè esta providencia? Indudablemente que el Pbro. Sierra M. previó algunos obstáculos para la entrega material y quiso evitar los inconvenientes que le pudieran resultar en el futuro. La imposibilidad en el cumplimiento de la prestación aparece establecida mediante la propia confesión hecha por el señor Manuel A. Sierra M. quien, al absolver las posiciones formuladas dentro del juicio, manifestó que el Pbro. Sierra M. no podía entregar la finca denominada "La Coca".

Los demandantes ocurrieron en casación.

El recurso

Con apoyo en el artículo 520 del C. J., causal primera, aduce la parte recurrente varios reparos contra la sentencia, de los cuales estudia la Corte los dos primeros, por encontrar demostrado el que subsidiariamente se alega, debiéndose iniciar el examen, dada la forma condicional de su presentación, por el primeramente alegado.

Cargo primero.—Dice el recurrente que, no obstante aceptar el sentenciador que para el primero de enero de 1945 no había sido entregado el predio de "la Coca" por el demandado, lo exime de responsabilidad por las siguientes razones:

"a) Que la entrega requería la cooperación de los demandantes, sin que pueda objetarse que el pago había podido hacerse por consignación;

"b) Que el doctor Sierra ha estado dispuesto a hacer la entrega, pero el señor Sierra no ha hecho nada para recibir, ya que el 28 de diciembre de 1944 fué comisionado el señor Bernardo Vélez Pérez, para efectuarla, no habiendo concurrido aquél, motivo por el cual no se hizo la entrega;

"c) Que hay declaraciones en el juicio según las cuales el Pbro. Sierra ha estado siempre listo a entregar, y que, además, lo ha manifestado en repetidas ocasiones; y

"d) Que el actor confesó al absolver posiciones, que no se ha presentado a 'La Coca' a ejercer actos de dominio, y que entre el 1º de enero de 1945 y 17 de mayo de 1947, día éste en que fueron absueltas, no le ha solicitado al demandado la entrega del inmueble".

Entra luégo, siguiendo la clasificación de Demogue y las sentencias de esta Corte proferidas con fecha 30 de noviembre de 1936 (G. J. Nos. 1905 1906), y de 31 de mayo de 1938 (G. J. Nº 1936), a hacer un estudio sobre las obligaciones de **resultados** y obligaciones de **medios,** y dice:

"La obligación, que es sujeción de una persona a otra, en virtud de la cual aquélla debe ejecutar a favor de ésta una prestación, asume esas dos formas, en razón de su contenido, a fin de salvar las dificultades que ofrece la culpa y la carga de la prueba, en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas. No implica ello la desaparición de la concepción clásica de obligaciones de **dar, hacer** y **no hacer,** en consideración al objeto específico de ellas. La propia división moderna de obligaciones positivas y negativas, no ordena ni metodiza con tanta claridad la materia, como lo hace la vieja clasificación. Porque las obligaciones **de dar** implican **el traslado de los derechos reales,** mientras que las **de hacer** envuelven hechos que no conllevan la transferencia de la propiedad, sino beneficios de otro orden para el acreedor, y las de **no hacer,** abstenciones específicas, también beneficiosas para el titular de la obligación. Mas esta manera de ver las **obligaciones** no respondió eficazmente a la necesidad de resolver graves tropiezos en cuanto a la culpa del deudor que no cumple la prestación prometida y a la carga de la prueba, y a ello responde esta división de obligaciones **de resultado** y **de medio.**

"Las primeras son en su contenido y en su ejecución precisas, exactas, geométricas, diría Josserand: todas las obligaciones **de dar;** muchas **de hacer** y es posible que todas las de **no hacer.**

"En las primeras, o sean las de dar, se trata de transferir el dercho real, el que debe recaer sobre una cosa **determinada** y **presente:** el derecho real, por ello, es siempre una cosa concreta, específica, bien individualizada, de modo que la obligación que lo tiene por objeto, es precisa y concreta. Ejemplos: la del vendedor.

"Muchas **de hacer** pertenecen a este grupo cuando se trata de la entrega que no implica tradición de las cosas, ya que auncuando no se busca la transferencia de la propiedad sino de conferir o proporcionar la mera tenencia, o de restituír lo que se tenía a este título, se trata en todo caso, de una prestación neta, concreta, muy bien delimitada, en su enunciación y en su ejecución. V. gr. la

del arrendador, de entregar la cosa al arrendatario.

"En las últimas, o sean las de **no hacer,** se trata igualmente de cosas bien señaladas con contornos absolutamente fijos, pues son abstenciones, no a la manera de las que impone el derecho real a todo el mundo, sino a la manera específica, pecuniaria de hechos que gravitan pasivamente en el patrimonio del deudor y activamente en el del acreedor, v. gr. la de no abrir tienda de determinado comercio, en cierto sector de la plaza, en un lapso convenido.

"Las obligaciones **de medio** no presentan esa estructura firme y cabal de las de resultado; son imprecisas, no en su fin, desde luégo, sino en su desarrollo: gran número de las obligaciones de hacer, que no implican entrega ni devolución de bienes, sino deberes de conducta, encaminados a la ejecución de la obligación, como es la de cuidar de la cosa recibida como buen padre da familia.

"¿Cómo puede considerarse la obligación del doctor Sierra, de entregar la finca de "La Coca", a más tardar el 1º de enero de 1945?

"Ya él había transferido el dominio, por medio de la forma simbólica del Registro, vale decir, había cumplido una de las dos etapas que componen la obligación de entregar, consagrada en el art. 1880 del C. C., y sólo le faltaba la última, o sea la de poner en la posesión material útil y pacífica de la cosa, al comprador.

"En verdad, se trataba y se trata de dos prestaciones: la una para transferir el derecho; la otra para que poniendo la cosa en manos del comprador, pueda éste entrar a gozarla. La primera **de dar;** la segunda **de hacer;** aquélla enderezada a pasar el dominio de un patrimonio a otro; ésta a poner el bien a disposición del adquirente, ya dueño del derecho.

"**De dar** aquélla y **de hacer** ésta, son dos obligaciones de **resultado** en la clasificación admitida por la Corte Suprema, para los efectos arriba dichos; porque una y otra tienen un objeto determinado, presente, sin vaguedades: la transferencia de la propiedad **de una cosa** que tiene existencia real individualizada; y la entrega material de **esa misma cosa.** Con esa doble prestación cumple el vendedor la obligación **de entregar,** mencionada en el citado precepto.

"Según la doctrina contemporánea, esta clasificación se proyecta en el campo de la culpa del deudor y en la de la carga de la prueba. En tratándose de las obligaciones **de medio,** al deudor le basta probar que ha obrado en la forma convencional o en la legal, que su conducta se ha ajustado al contrato o a la ley, en una palabra, que ha obrado como obran los hombres prudentes y responsables de sus actos.

"Mas en las obligaciones de resultado, la cosa es bien distinta. La infracción del contrato es fácilmente apreciable, pues se trata de una prestación rotunda, específica, cuyo incumplimiento también debe aparecer rotundo, específico. Así, si de transferir el dominio de un inmueble se trata, para saber si se ha infringido basta saber si se ha inscrito o no el título. Si de entregar el fundo, por el arrendador, la infracción aparecerá neta al saberse que no se hizo la entrega. En las obligaciones de medio, no ocurre lo propio, porque hay que entrar a investigar la conducta del deudor, y a estimar sus actos, para saber si cumplió o no con la obligación de cuidar de la cosa, tal como se lo imponía el contrato que era igualmente oneroso para ambas partes, u oneroso para la una y gratuito para la otra, en la gama de responsabilidades que establece el art. 1604 del C. C.

"De modo que en tratándose, como ahora se trata, de una obligación **de resultado,** el deudor no puede liberarse sino probando el **caso fortuito,** la **fuerza mayor** o la existencia de una **causa extraña** que no le sea imputable".

"De caso fortuito o fuerza mayor, no hay que hablar, pues el demandado no lo ha alegado".

A continuación, entra el recurrente a examinar si pudo existir una causa extraña que impidiera al obligado cumplir con el deber de poner al adquirente en el goce de la cosa permutada. Según el Tribunal, la entrega requería la cooperación de los actores; observa que la constancia sobre ello resulta, según el fallo, de no haber concurrido los consortes Sierra y Osorio a recibir la finca cuando fue a entregarla un comisionado del doctor Sierra. Pero para que ello hubiera sido viable, era necesario que se les hubiera avisado, porque al sentir del recurrente, no es lógico suponer que los interesados fuesen a permanecer en una finca que no habían recibido, con el propósito de que se la entregaran, ni a vivir en las inmediaciones en acecho de la hora en que se presentara el obligado o su recomendado a cumplir la prestación de su cargo. No existe, pues, en su parecer, causa extraña, ajena al deudor, porque para ello era necesario dar el correspondiente aviso.

Dice que, según los términos del fallo, el doctor Sierra ha estado listo a entregar, como lo atestiguan algunos declarantes, pero "lo cierto es que no entregó en el lapso señalado para ello, y ésto

basta para saber si cumplió o no su prestación. Si estuvo listo a entregar antes del 1º de enero de 1945, no lo avisó, y si lo estuvo pasada tal fecha, ya no era tiempo, pues para los actores se había originado ya la acción resolutoria, en el hecho generador de ella, la fecha del cumplimiento de la obligación (arts. 1546 y 1882 del C. C.)".

Que no era posible que los actores se hubieran presentado a la finca a hacer actos de dominio, por cuanto no se les había hecho la entrega, ni tal manera de entrar en posesión se había pactado. Que según los términos del artículo 1880 del C. C., en él se comprenden dos prestaciones, de las cuales, una toca con la entrega material del inmueble. Que, si bien es cierto que el demandado no solicitó que se le diera la posesión material, no lo es menos que no tenía esa obligación, ya que el primero de enero vencía el plazo señalado para ello. Que al pasar ese día, había incumplido quien se comprometió a entregar y no lo hizo, derivándose del incumplimiento, **para los demandantes, la doble acción alternativa.**

Que ninguna de las causales alegadas para no realizar en el tiempo debido, determinan la "causa extraña" al obligado, que encontró establecida el juzgador.

Con respecto a los preceptos sustantivos infringidos, agrega el recurrente:

"Al atribuír el H. Tribunal a los hechos y circunstancias anotados, el valor de causa extraña liberatoria de la obligación de entregar el fundo de 'La Coca' antes del 1º de enero de 1945, infringió los textos legales que se citan en seguida, unos directamente, otros por interpretación errónea.

"a) El art. 1757 del C. C., directamente, en cuanto la extinción de las obligaciones debe probarla el que la alega;

"b) el art. 1616 ibidem, porque cuando la mora proviene de caso fortuito, fuerza mayor o causa extraña, no hay lugar a indemnización de perjuicios, lo que significa que sí la hay cuando la mora no proviene de tales causas, y con la negación de la declaratoria de resolución, fué negado igualmente el resarcimiento de perjuicios;

"c) El art. 1608, porque el deudor se constituyó en mora el 1º de enero de 1945, no por caso fortuito o fuerza mayor, ni causa extraña ajena a él, que le impidiera cumplir, mora que precisamente originó la resolución de la permuta, según los artículos 1546 y 1882;

"d) El art. 1604, inciso 3º, en cuanto la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la causa extraña, no imputable al deudor, debe aducirla quien lo alega, ya que se trata de una obligación de resultado, y el demandado no la dió;

"e) El art. 1880 que consagra, a cargo del vendedor, la obligación **de entregar** la cosa, que se divide en la de transferir el derecho y la de entregar materialmente el bien, lo que no hizo el permutante doctor Sierra en el plazo convenido;

"f) El art. 1882 que manda entregar en "la época prefijada" en el contrato y sanciona la falta de entrega, en armonía con el art. 1546, **con la doble** acción alternativa para resolver el contrato o perseverar en él".

"Entre tales infracciones y lo resuelto por el juzgador, hay necesaria relación de causalidad, esto es, si se hubiesen acatado los preceptos de la ley, no habría absuelto al demandado, habría declarado la resolución impetrada".

Cargo segundo.—Con fundamento en la causal primera de las señaladas en el artículo 520 del C. J., formula el recurrente este nuevo reparo a la sentencia, por errores de derecho en la apreciación de las pruebas, o sea, en haber aceptado el juzgador como razón de haber quedado liberado el doctor Sierra del compromiso de entregar, a más tardar, el primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, los hechos antes estudiados, esto es, por haber dado a las pruebas de ellos el valor legal suficiente para acreditar la causa liberatoria, a saber:

"a) Incurre el juzgador en error de derecho al atribuír a las declaraciones de los señores Jesús María Ospina (f. 38 del Cuaderno principal Nº 1), y Bernardo Vélez Pérez (f. 46 ib.), valor bastante para establecer una causa extraña, no imputable al deudor, liberatoria de la obligación de entregar en el plazo estipulado, pues según tales declarantes, el doctor Sierra quiso entregar el 28 de diciembre, pero no dió cuenta de ello a los esposos Sierra-Osorio, motivo por el cual no concurrieron.

"b) Incurre en la misma especie de error al estimar los testimonios a que hace referencia el fallo, al folio 18 del Cuaderno Nº 3, acerca de que el doctor Sierra ha estado siempre listo a entregar, ya que tal prueba no es suficiente para demostrar la causa extraña, no imputable al obligado, el caso fortuito o la fuerza mayor que lo hubiese redimido de tal carga.

"c) En el mismo error incurre al atribuír mérito legal para establecer el mismo hecho, a la contestación de la demanda y a la diligencia de abso-

lución de posiciones del demandado, en cuanto éste dice que ha estado y está listo a entregar (sentencia f. 18 C. 3º), porque tal actitud, vencido el plazo señalado en el contrato, nada significa.

"d) Incurrió en el mismo error el Tribunal sentenciador al apreciar la afirmación del actor Manuel A. Sierra, en posiciones, según la cual no se presentó a ejecutar actos de dominio en la finca, entre el 1º de enero de 1945 y el 17 de mayo de 1947".

"Si no hubiese incurrido en tales errores, segura, necesariamente, el juzgador habría declarado la resolución, porque el hecho incontrovertible en este negocio, es el de que el 1º de enero de 1945 no había entregado el doctor Sierra a don Manuel, sin que en ello hubiese mediado caso fortuito, fuerza mayor o causa extraña que no le fuera imputable. Llegado ese día, en tales circunstancias, se cumplió la condición resolutoria general del art. 1546 y la especial del art. 1882, en cuyo ejercio se ha desarrollado la presente litis.

"Los preceptos legales quebrantados.

"Los expresados errores llevaron al H. Tribunal de instancia a violar los mismos textos citados en el cargo anterior".

Para resolver, se considera:

La permuta o cambio es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro.

Establece la ley que las disposiciones relativas a la compraventa, se aplicarán a la permutación, en todo lo que no se oponga a la naturaleza de este contrato; cada permutante será considerado como vendedor de la cosa que dá, y el justo precio de ella a la fecha del contrato, se mirará como el precio que paga por lo que recibe en cambio (art. 1955 del C. C.).

En la permuta, una parte se obliga a dar una cosa para recibir otra en su lugar.

Ya por tratarse en la permuta de un contrato bilateral, o por la regla que se acaba de expresar de que a tal contrato le son aplicables las disposiciones relativas a la compraventa, es el caso de que el vendedor o permutante es obligado a entregar la cosa vendida o permutada inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él.

Si el permutante, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios, según las reglas generales.

Tal doctrina es una aplicación especial del artículo 1546 del C. C., según el cual, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, con motivo de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución, o el cumplimieno del contrato, con indemnización de perjuicios.

El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (art. 1880), pone al comprador en la alternativa para perseverar en el contrato o desistir de él (art. 1882).

Sólo pueden enervarse estas acciones cuando en el caso del artículo 1882, el comprador está en mora de cumplir su obligación y cuando en el caso del artículo 1930, el vendedor no ha cumplido con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales.

Puede también enervarse la acción resolutoria cuando el contratante contra quien se ejercita demuestra que, o por una fuerza mayor, o por un caso fortuito, no imputable a él, no pudo cumplir su obligación en los términos pactados. Entre estos casos liberatorios, se cuenta el acto de quien pide la resolución.

Es de notar que las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto cuya resolución se demanda.

En la violación contractual, lo ilícito consiste en la inejecución de la obligación u obligaciones nacidas del contrato; la culpa consiste en que el deudor sea la causa involuntaria, intencional o preterintencional de la inejecución; y el perjuicio, en el hecho de que el acreedor no reciba, transitoria o definitivamente, total o parcialmente, una prestación a que tiene derecho y que constituye parte de su patrimonio.

Hay inejecución o falta de pago, si el resultado convenido por las partes contratantes, no se realiza, sean cuales hubieren sido las circunstancias de su falta de realización. Si por ejemplo, el deudor debe un cuerpo cierto o debe servicios médicos, hay inejecución desde que el acreedor no reciba aquél, o éstos no se presten en la época convenida y como se pactó, haya sido o no imposible la prestación, y haya sido o no evitable la imposibilidad sobreviniente, si hubiere sobrevenido.

No pagar es, pues, no realizar el resultado convenido. Por lo tanto, conviene determinar cuáles son los resultados pactables y cuáles los casos de inejecución o falta de pago.

El inciso 3º del artículo 1604 del C. C. dice: La prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

En referencia a la tesis planteada en la demanda de casación, es de anotar que toda obligación contractual **es de medios y a resultado,** es decir, consiste siempre en emplear, en cuanto sea posible, los medios necesarios para realizar un resultado. La clasificación se funda en que éste puede consistir, o en el fin objetivo que el acreedor persigue, o apenas en los servicios que usualmente se prestan para alcanzarlo. Mas, en todo caso, se persigue en una u otra obligación, un resultado.

Se puede decir, pues, que en toda obligación se persigue un resultado, ya objetivo, ya de pericia y diligencia.

Cuando la obligación es a resultado objetivo, como en el caso en estudio, el acreedor debe probar, en algunos casos, la falta de ejecución o de pago; al deudor no le queda entonces otro recurso sino probar su inculpabilidad, o sea, el caso fortuito o culpa del propio acreedor. En otros casos, basta que el acreedor niegue la ejecución o pago; el deudor dispone entonces de dos recursos: probar el pago, o que no incurrió en culpa por consecuencia de un caso fortuito.

En la causa extraña al deudor que lo liberta de la culpa en el cumplimiento de su obligación, se comprende las actuaciones del propio acreedor.

Mientras que la prestación prometida sea de posible ejecución, el deudor estará obligado a ejecutarla.

Aplicando estos principios al caso del pleito, se tiene lo siguiente: según los términos de la escritura pública número 709 de 1944, la finca "El Cedrón" o "La Coca", que fué materia de la permuta, se entregaría o habría de entregarse materialmente el día primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, y en caso de que en esta fecha no se verifique la entrega, se estipuló el reconocimiento de un interés del seis por ciento (6%) anual sobre la suma de quince mil pesos ($ 15.000), en que se ajustó el precio del inmuble. Debe, pues, examinarse si por el obligado a entregar, **se emplearon los medios necesarios para obtener el resultado.** Consta, como lo anota el Tribunal, con el examen de la declaración del testigo don Bernardo Vélez Pérez, que éste fué comisionado por el Pbro. Sierra para verificar la entrega, hecho que corroboran diversos testigos, cuyas deposiciones comenta el Tribunal, y que la entrega no pudo realizarse porque el señor Sierra y su esposa no se presentaron a recibir.

Se arguye que no se avisó a los adquirentes Sierra-Osorio la fecha de la entrega, pero en la escritura de permuta, o sea en la número 709 de 1944 citada, se dijo que ésta se verificaría, a más tardar el primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, **y en caso de que en esa fecha no se verificare,** se reconocería cierta indemnización. Luego los interesados en recibir el bien, han debido presentarse al predio de "La Coca", por lo menos en la fecha aludida, si tenían interés en recibir el bien permutado. Si el vendedor, y en este caso el permutante, está obligado a entregar, existe, como lo ha dicho esta Sala, en el comprador la obligación correlativa de recibir (G. J., Tomo 36, pág. 449).

La presencia de los permutantes Sierra y Osorio de Sierra en el caso en estudio, se requería para poner en mora al obligado a entregar, por lo menos el día del vencimiento del plazo dentro del cual debía cumplirse lo prometido.

Bien pudo haberse procedido con cierta sutileza al enviar la persona para realizar la entrega sin darle aviso al comprador, pero, por una parte aparece que éste ya no tenía el mismo domicilio, ni consta acto o diligencia alguna por su lado para lograr la entrega, o mejor, para acordar ésta; pero, sobre todo, los demandantes dejaron expirar hasta el último día del plazo, sin hacerse presentes en forma alguna a recibir.

Ante la obligación del Pbro. Sierra, se estableció la causa extraña a éste, que le impidió cumplir para la fecha marcada su compromiso, causa que no fué otra que la ausencia de quienes debían recibir.

Por consiguiente, no cabe la acción resolutoria del contrato de permuta que recogió el memorado instrumento número 709; pero, si ésto es así, en cuanto se refiere a la acción principal, no lo es en lo relacionado con la acción interpuesta en subsidio, o sea la solicitud de entrega del bien dado en permuta y que el Pbro. Sierra debía entregar a más tardar el primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, porque no persiste la causa que impidió el cumplimiento el día convenido, porque la obligación de dar, por el hecho relatado, no se ha extinguido, subsiste aún y el interesado en recibir, subsidiariamente ha exigido la entrega

de la cosa dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ha de poner fin a la litis, o en el plazo prudencial que se señale, lo cual es razón suficiente para casar el fallo por violación de los artículos 1546 y 1882, inciso 2º del C. C.

Las razones que se dejan expresadas son el fundamento de la sentencia de instancia; por consiguiente, se habrá de condenar al Pbro. doctor Sierra en la acción subsidiaria, a entregar a los demandantes la finca el día preciso que el Juez señale.

Previamente estipularon las partes lo que debía satisfacer el comprometido a entregar, como frutos de la cosa, o sea una suma equivalente al seis por ciento (6%) anual sobre la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000), valor señalado a la finca de "La Coca" cantidad que se cubrirá desde el vencimiento del plazo, no como pena o perjuicios, sino porque los frutos de la cosa vendida pertenecen al comprador desde el día en que ha debido verificarse la entrega, y esos frutos fueron calculados en la forma atrás indicada.

La acción especial que consagra el artículo 887 del C. J. para que el tradente no retenga materialmente en su poder la cosa enajenada, tiene lugar cuando pura y simplemente se promueve la acción correspondiente por la persona a quien se le ha transferido el dominio, como acción del contrato, pero cuando ya no solamente se exige la entrega, sino que en desarrollo del artículo 1546 del C. C., se demanda la resolución y en subsidio el cumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios o la entrega de frutos, ya no puede buscarse otra vía que la ordinaria, donde ambas partes pueden demostrar las circunstancias que dieron origen al incumplimiento por una parte, y al reconocimento de perjuicios o pago de frutos, por la otra.

En conclusión es, pues, el caso de negar la resolución del contrato de permuta que se legalizó por medio de la escritura número 709 del 23 de septiembre de 1944, de la Notaría de Jericó, y en su lugar se dispone la entrega del bien demandado, denominado "La Coca", situado en la región de El Cedrón, alinderado como está en la escritura número 709 citada, suplicada en subsidio, debiéndose entregar con sus frutos o productos correspondientes, a partir de la fecha en que tal entrega ha debido realizarse según las estipulaciones del convenio que aparece en la escritura número 709 citada, o sea desde el primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco.

Es de advertir que el valor de tales frutos quedaron estimados en un seis por ciento (6%) anual sobre el valor de quince mil pesos ($ 15.000), dado al predio "La Coca" al celebrarse la permuta de que dá cuenta la misma escritura tántas veces citada. Por consiguiente, la condena a devolver frutos percibidos, se hará en la forma convenida.

Sentencia:

Por las razones expresadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, de fecha veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y nueve, y revocando la de primera instancia, falla el pleito así:

Primero.—No hay lugar a declarar resuelto el contrato de permuta celebrado entre el Presbítero doctor Francisco A. Sierra y Manuel Antonio Sierra y señora Margarita Osorio de Sierra, que se legalizó por medio de la escritura número 709 de 23 de septiembre de 1944, de la Notaría de Jericó, ni a ordenar el pago de perjuicios consecuenciales.

Segundo.—En su lugar, se ordena al Presbítero Francisco A. Sierra, entregar a Manuel Antonio Sierra y Margarita Osorio de Sierra, el día que el Juez señale, la finca denominada "La Coca", del partido o vereda de "El Cedrón", en los términos del contrato de permuta que consta de la escritura número 709 de 23 de septiembre de 1944, de la Notaría de Jericó, por los linderos allí señalados.

Tercero.—Se condena igualmente al demandado a pagar en los términos estipulados en el contrato, los frutos que ha podido producir el inmueble de "La Coca", desde el día en que se hizo exigible la entrega, o sea desde el primero de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, frutos que los contratantes estimaron en un seis por ciento (6%) anual sobre la cantidad de quince mil pesos ($ 15.000) moneda legal, en que se justipreció el referido inmueble.

Cuarto.—No hay lugar a declarar costas en las instancias, ni en el recurso, ni a hacer ninguna otra de las declaraciones impetradas.

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

Pablo Emilio Manotas.—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ALCANCE DE LA SOBERANIA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA PARA APRECIAR LAS PRUEBAS, AUN LA DE INDICIOS, EN ASUNTOS DE SIMULACION

La soberana apreciación de la prueba, por parte del fallador de segunda instancia, que nunca ha dejado de reconocer una jurisprudencia tradicional de la Corte, no se extiende, aunque se refiera a los indicios, y en asuntos de simulación, hasta eliminar medios allegados al proceso, sólo porque aparezcan como desligados o flojamente conexos con la cuestión principal. Con ello no sólo se corre el riesgo de dejar flancos vulnerables a la casación, sino que tal criterio es contrario a los principios científicos que rigen sobre la teoría general de la prueba. Un conocido tratadista estudia el punto como postulado didáctico, pero no menos evidente como criterio jurídico de la valoración judicial. Así dice don Antonio Dellepiane:

"Al exponer la teoría de la prueba los tratadistas de derecho procesal ordinariamente estudian los diversos medios de prueba, uno después del otro, tratando de precisar las condiciones necesarias y suficientes para que cada uno de ellos haga por sí solo, plena prueba. Este medio expositivo o didáctico, es evidentemente artificial, en cuanto, quizá en la mayoría de los casos, la prueba no es, como se dice, simple, sino compuesta, es decir, no es el resultado de un solo medio de prueba, sino que es obtenida mediante el concurso o combinación de varios de ellos, que, insuficientes uno a uno para hacer prueba plena (prueba imperfecta) reunidos y combinados consiguen sin embargo, producirla" (Nueva Teoría General de la Prueba, Buenos Aires, 1919).

Por consiguiente, si es anticientífico enseñar las normas sobre pruebas judiciales, con ese criterio exegético, limitándose a estudiar cada medio de prueba por separado, averiguando las condiciones en que puede ser perfecto; también es antijurídico prescindir del criterio de relación entre los varios medios de prueba allegados al debate. Así lo supone la ley, y de ahí que consagre, en la causal primera de casación, los motivos de violación indirecta por falta de apreciación de elementos probatorios que constan en los autos, y aunque se trate de la prueba de indicios para investigar la simulación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A.)

Resultando:

1.—En el municipio de Pacho, departamento de Cundinamarca, del matrimonio contraído el 29 de julio de 1891 por José del Carmen Bernal con Paulina Cortés, vino a nacer el 1º de febrero de 1904, María del Carmen Bernal Cortés, quien se casó con Parmenio Fernández el 18 de febrero de 1924.

2.—Durante la sociedad conyugal entre José del carmen y Paulina —padres de María del Carmen Bernal Cortés—, se realizaron las siguientes adquisiciones de bienes raíces:

a) Por escritura número 685 otorgada en la notaría de Pacho el 31 de diciembre de 1922, compró Bernal a Elías Forero Camacho la finca denominada "El Llano" en aquel municipio;

b) Por escritura número 515 otorgada en la misma notaría el 15 de septiembre de 1934, compró Bernal a José María Parra unos derechos en la sucesión de Teodora Rojas de Parra;

c) Por escritura número 141 otorgada en la misma notaría el 23 de marzo de 1935, compró Bernal a Mario José Fernández la finca denominada "Sevilla", en dicho municipio, por los linderos que aquélla expresa, siendo de advertir que allí figura el nombre de la "quebrada de Cañas Viejas" con que también suele designarse esa propiedad.

3.—El 11 de diciembre de 1937, mediante escritura número 786 otorgada en la notaría indicada, comparece José del Carmen Bernal y dice vender-

le a Eduvina Sánchez, por linderos especiales, una parte del predio de "El Llano"; se estipula como **precio** la cantidad de $ 800.00 que confiesa el **vendedor** tener recibidos a su satisfacción de manos de la **compradora** en dinero efectivo de contado; ésta manifestó: "Que acepta la presente escritura y la venta que ella contiene a su favor por estar a su satisfacción; y que cumplirá por su parte con las obligaciones que este contrato le produce; advierte que ha hecho esta compra, la mitad para sus menores hijos Carmelo, Herminia, Etelvina, María del Carmen, Ana Luisa, Elena, José Adán, Edelmira y Rosa María Sánchez, con dinero proveniente de ahorros de éstos y la otra mitad para sí, teniendo en cuenta que dicha primera mitad corresponde por partes iguales, y la otra mitad con dinero de la compareciente, suma por la cual tiene derecho a la administración y usufructo de por vida (sic), no pudiendo dicha señora vender este usufructo a otra persona distinta fuera de sus mencionados hijos".

4.—El 11 de mayo de 1940, mediante escritura número 268 otorgada en la notaría de Pacho, comparece de nuevo José del Carmen Bernal y dice **venderle** a la misma Eduvina Sánchez: por una parte el terreno denominado Cañas Viejas o Sevilla y sus accesorios según los linderos que lo determinan y por otra los derechos que Bernal había comprado en la sucesión de Teodora Rojas de Parra conforme a la escritura 515 de 1934 citada arriba (derecho que luégo se pagó con la adjudicación del terreno llamado Los Mangos). Se estipuló como precio la cantidad de $ 5.400.00. Hay una cláusula que dice textualmente: "...que estas cantidades (5.000 por Sevilla y 400 por los derechos) en su totalidad confiesa el vendedor tenerlas recibidas de la compradora y a su satisfacción, así: una parte, por valor y por concepto de **servicios domésticos** y trabajos agrícolas que el vendedor reconoce que la compradora le ha venido prestando en más de veinte años (sic), servicios y trabajos que no le había pagado y que por consiguiente le estaba debiendo; otra parte, en dinero de varios años de ahorro, que la compradora le daba a guardar y que el vendedor no le había devuelto; y el resto, en dinero también que la compradora adquirió como utilidad en compañía de siembras y levante y ceba de ganados".

5.—En diligencia de absolución de posiciones tomadas a Eduvina Sánchez el 20 de abril de 1945 está escrito: "¿Cómo es cierto que la absolvente, al recibir las escrituras por las cuales adquiría la propiedad de las fincas de Sevilla o Cañas Viejas y El Llano, entendió que con tales fincas, le compensaba José del Carmen Bernal sus servicios, atenciones y crianza de los hijos, durante el tiempo que estuvo viviendo con él sin ser casados? **Contestó:** La finca de El Llano me la dió por los servicios, atenciones y crianza de los muchachos, la otra no". Por lo demás, con posterioridad a las **ventas** de que tratan las escrituras relacionadas en los dos numerales que preceden el **vendedor** Bernal continuó poseyendo y administrando los bienes **vendidos** y disponiendo de sus productos. Así lo admitió en posiciones la propia Eduvina (léase el acta a folios 27, 29 del cuaderno Nº 2).

6.—José del Carmen Bernal, casado legítimamente con Paulina Cortés, vivió largos años en escandaloso concubinato con Eduvina Sánchez, profanando su matrimonio y engendrando fuéra de él, a los nueve hijos de la Sánchez que nombra la escritura 786 de 1937.

7.—La sociedad conyugal Bernal-Cortés se disolvió, junto con el matrimonio, al morir Paulina el 16 de mayo de 1940, y cuando escasamente se había enfriado el cadáver de la mujer legítima, el viudo se casó con su amasía Eduvina y hasta pretendió legitimar a los hijos habidos en ella.

8.—María del Carmen Bernal Cortés —la demandante—, única hija legítima del matrimonio de José del Carmen con Paulina, fué tenida también como sola heredera en el juicio de sucesión materna en cuyo inventario y avalúo no se denunció el precio de aquellas ventas ni se hizo compensación alguna por tal concepto.

9.—Respecto de la escritura 786 de 11 de diciembre de 1937 (venta de parte de la finca de El Llano), José del Carmen intentó obtener que su anciana esposa Paulina Cortés la ratificara, aprovechando el otorgamiento de la escritura 542 de 23 de agosto de 1939, en la notaría de Pacho, donde aparece la cláusula de la tal ratificación; pero la mencionada Paulina estaba reducida al lecho de tiempo atrás, en completa postración; al pedirle su intervención en dicha escritura se le explicó que únicamente se buscaba refrendar el título a José Ramón Pulido, persona a la cual se le había vendido realmente otro terreno de la sociedad conyugal, que ya había recibido y pagado.

10.—Las ventas celebradas por las escrituras 786 de 11 de diciembre de 1937 y 268 de 11 de mayo de 1940, citadas, dieron origen a dos pleitos, a saber:

a) Al que María del Carmen Bernal Cortés entabló contra su padre José del Carmen, por medio

de la demanda llevada en noviembre de 1944 al Juzgado del Circuito de Pacho, incluyendo entre la parte demandada también a Eduvina Sánchez y a los hijos de ésta, para que se hicieran declaraciones y condenaciones tocantes a nulidad, simulación y pago de perjuicios, a nombre y para la sucesión de Paulina Cortés de Bernal a través de la sociedad conyugal habida entre ella y José del Carmen, personería que ejercitaba, como ya se insinuó, la demandante María del Carmen. Trabado ese juicio y agotada la tramitación de la primera instancia, a ella le puso fin la sentencia del Juez que lleva fecha 25 de abril de 1946, la cual decretó las peticiones de la actora; habiendo apelado la parte demandada, el Tribunal de Bogotá, en sentencia de 18 de junio de 1947, revocó aquélla y en su lugar negó las peticiones de la actora, absolviendo a los reconvenidos de todos los cargos, y sin costas.

Esta Corte Suprema de Justicia, por sentencia dictada en casación el 29 de agosto de 1951, infirmó parcialmente la de Tribunal y terminó reconociéndole a la demandante los derechos que el nuevo fallo expresa (Véase G. J. números 2103, 2104 del Tomo LXX, páginas 71 y siguientes).

b) El segundo pleito se trabó por demanda del 28 de octubre de 1944 presentada al mismo Juzgado del Circuito de Pacho, a nombre de María del Carmen Bernal Cortés de Fernández, con la misma personería, o sea, pidiendo para la sucesión de Paulina Cortés de Bernal, contra Eduvina Sánchez de Bernal, José del Carmen Bernal, Juan Buenaventura Fernández y José del Carmen Sánchez; el Juzgado la admitió por auto del 2 de noviembre siguiente; los demandados contestaron oponiéndose y el Juzgado la despachó el 23 de febero de 1946 en sentido favorable para María del Carmen. Apelado el fallo ante el Tribunal Superior de Bogotá éste le puso término a la segunda instancia por sentencia que lleva la misma fecha del 18 de junio de 1947 con que fué decidido el primer pleito.

Adviértese que aquél reza con la finca de El Llano y éste con la de Sevilla o de Cañas Viejas y aunque entre ambos existe conexión estrecha, no fué posible acumularlos.

11.—La sentencia que resolvió acerca de la demanda relativa a la escritura 268 de 11 de mayo de 1940, estudia tanto las causales de nulidad alegadas contra el negocio contenido en dicho instrumento, como las tocantes con la simulación del mismo: respecto de la nulidad, el Juzgado, en su sentencia, la negó, fundando su determinación en el razonamiento que el Tribunal acoge y que dice: "Las partes contratantes José del Carmen Bernal y Eduvina Sánchez B. gozan de la aptitud legal requerida para realizar el prenombrado contrato. No adolecen de ninguna incapacidad absoluta ni relativa, se trata de personas mayores y hábiles para contratar y obligarse. La voluntad de las partes en el acto en mención, aparece exenta de error, fuerza y dolo que son los vicios que afectan a ésta. De autos no aparece que al celebrar el aludido contrato se haya incurrido en alguno de estos vicios. Por lo que hace al contrato, aparece que éste tiene un objeto lícito, ya que se trata de un contrato de compraventa de bienes raíces y derechos hereditarios vinculados a inmuebles. Igual cosa ocurre con la causal (sic) del mismo contrato. Este tiene una causa y es lícito. El actor no ha demostrado en autos la falta de causa y el objeto ilícito que alega. De consiguiente, la acción de nulidad con que inicia las súplicas de la demanda el querellante no se puede declarar por faltar elementos probatorios que la hagan posible".

Sobre lo mismo el Tribunal se extiende en una consideración explicativa de su asentimiento a la determinación del Juzgado.

12.—Siguiendo con la simulación, el fallo de segundo grado afirma que la actora no intentó, durante el término de prueba de las instancias, traer, a los autos elemento alguno conducente a demostrar que la intención de Bernal hubiera sido la de hacer una simple donación a la amasía. Alude la sentencia a los hechos marcados con los numerales 16 a 24 de la demarda, en donde se aducen, como indicios de la simulación éstos, a saber: que Eduvina Sánchez, la compradora, carecía de bienes de fortuna que le permitieran, además de atender a su subsistencia personal y a la de sus nueve hijos, ahorrar caudal bastante para la adquisición de esos bienes raíces; que el vendedor José del Carmen Bernal conservó la posesión de la finca materia de tal contrato, ejecutando en ella actos de dueño y compartiendo la posesión con Eduvina Sánchez con quien se casa luégo; que Bernal ha celebrado diversas conferencias con su hija legítima para obtener una transacción; que en realidad no tuvo intención de vender, ni Eduvina Sánchez la de comprar y que, al efecto, al contratar con ésta, en el fondo lo que buscaba era hacerle donación de los bienes que aparece vendiendo. Ceñido, pues, el Tribunal, a considerar esos hechos, niega la simulación, re-

voca la sentencia del Juez y absuelve a los demandados de todos los cargos del libelo.

13.—Viene entonces el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la dicha sentencia y en él, a través de una demanda que, por no brillar por su orden ni claridad, se logra deducir, interpretándola, un cargo por violación indirecta de los artículos 1766 a 1769 del código civil, los cuales han sido la base de la doctrina de la Corte sobre simulación de contratos, permite, sin embargo, descubrir que el Tribunal dejó de apreciar, en el estudio de la simulación, junto con las demás pruebas de los autos, una que consiste en la escritura 786 de 11 de diciembre de 1937, notaría de Pacho. Allí está, como ya se vió, **la otra venta** de Bernal a su amasía, relativa a la finca de El Llano, y la copia auténtica de dicho instrumento fué bien traída. Si se la relaciona con la escritura 268 de 11 de diciembre de 1937, no menos que con las diligencias de absolución de posiciones, recibidas a Bernal y a Eduvina en ambos juicios, se ve surgir la plena prueba de la simulación. Esto lo interpreta esta Sala después de la fatigosa lectura de la pesada demanda de casación, de la cual se puede transcribir como muestra de la fundamentación de los cargos el siguiente pasaje, junto con el encabezamiento:

"La sentencia recurrida es violatoria de la ley sustantiva por haber incurrido el Tribunal... en error de hecho evidente y manifiesto en la apreciación de las pruebas del juico que tomó en cuenta;... consistente en la falta de apreciación de determinadas pruebas traídas al juicio. Estos errores de hecho llevaron al Tribunal a violar las disposiciones sustantivas pertinentes, por no haberlas aplicado... y que son las siguientes, a saber: Arts.... 1443 ... 1766 y 1769 del código civil....

"Sin embargo, en el caso concreto, no solamente existen pruebas distintas a la indicial, entre otras confesión y testimonios, sino en cuanto a los indicios propiamente dichos se refiere, el Tribunal no solamente los analizó y apreció aisladamente para negarles idoneidad y conducencia, sino que omitió contemplar y apreciar algunos hechos de inferencia, y así mismo, relacionarlos entre sí, para ver si en tal forma producía, o no, la convicción necesaria a los fines propuestos en la demanda, es decir, a constituír la prueba de los vicios y de la simulación invocados. Y vimos atrás, cómo el Tribunal consideró y apreció que el único hecho indicio que se había exhibido y que resultaba idóneo era el referente a las relaciones maritales y concubinato público existente entre los contratantes cuando se efectuó el contrato de la finca de Sevilla o Cañas Viejas y los derechos y acciones en la sucesión de Teodora Rojas de Parra, ya que los otros conducían solamente a probar una posible filiación natural. No obstante, la relación de hechos demostrados anotada anteriormente, por sí misma acredita la existencia en autos de otros hechos de inferencia, los cuales no relacionó ni estudió en conjunto el Tribunal...".

Más adelante invoca, entre esas pruebas o elementos que éste dejó de relacionar, la escritura Nº 786, diciendo:

"Y así fué como en 1937, por medio de la escritura pública número 786 de 11 de diciembre, le transfirió a su concubina y a los hijos, la finca rural de El Llano, etc.".

Se considera:

La soberana apreciación de la prueba, por parte del fallador de segunda instancia, que nunca ha dejado de reconocer una jurisprudencia tradicional de la Corte, no se entiende, aunque se refiera a los indicios, y en asuntos de simulación, hasta eliminar medios allegados al proceso, sólo porque aparezcan como desligados o flojamente conexos con la cuestión principal. Con ello no sólo se corre el riesgo, como aquí acontenció, de dejar flancos vulnerables a la casación, sino que tal criterio es contrario a los principios científicos que rigen sobre la teoría general de la prueba. Un conocido tratadista estudia el punto como postulado didáctico, pero no menos evidente como criterio jurídico de la valoración judicial. Así dice don Antonio Dellepiane:

"Al exponer la teoría de la prueba los tratadistas de derecho procesal ordinariamente estudian los diversos medios de prueba, uno después del otro tratando de precisar las condiciones necesarias y suficientes para que cada uno de ellos haga, por sí solo, plena prueba. Este método expositivo o didáctico, es evidentemente artificial, en cuanto, quizá en la mayoría de los casos, la prueba no es, como se dice, simple, sino compuesta, es decir, no es el resultado de un solo medio de prueba, sino que es obtenida mediante el concurso o combinación de varios de ellos, que, insuficientes uno a uno para hacer prueba plena (prueba imperfecta) reunidos y combinados consiguen sin embargo, producirla" (Nueva Teoría General de la Prueba, Buenos Aires, 1919).

Por consiguiente, si es anticientífico enseñar las

normas sobre pruebas judiciales, con ese criterio exegético, limitándose a estudiar cada medio de prueba por separado, averiguando las condiciones en que puede ser perfecto; también es antijurídico prescindir del criterio de relación entre los varios medios de prueba allegados al debate. Así lo supone la ley y de ahí que consagre, en la causal primera de casación, los motivos de violación indirecta por falta de apreciación de elementos probatorios que constan en los autos, y aunque se trate de la prueba de indicios para investigar la simulación.

La sentencia recurrida, como ya hubo ocasión de anotarlo, prescinde por completo de analizar la escritura número 786 de 11 de diciembre de 1937, comparándola con la número 268 de 11 de mayo de 1940 y con las actas de posiciones o confesión provocada, que figuran en autos y que el recurrente copió casi íntegramente en su pesado libelo. Si el Tribunal no se abstiene de esta apreciación de conjunto, al considerar todo el material probatorio, a buen seguro que su decisión hubiera sido otra. Conviene repasar un tracto de la sentencia cuyo contenido dice:

"En resumen, considera la Sala (del Tribunal, se entiende), que por sí sola, la circunstancia probada de que el contrato se celebró entre Bernal y Eduvina cuando entre ellos mediaban relaciones ilícitas, no es suficiente a demostrar (¡claro!) la simulación del contrato; porque un solo indicio si no tiene la categoría de grave, como ocurre en este caso (no se trataba de juzgar el concubinato que a la postre tuvo composición), no puede ser jamás fuente de convicción hábil y menos si con él se trata de destruír lo declarado en un instrumento público. Y como ésto ocurre en el presente caso, debe considerarse que no es posible acceder a la declaración de simulación".

Cuando la Corte estudió la demanda relativa a la última, referida al negocio celebrado por la escritura 786 de 11 de diciembre de 1937, o sea, el de la finca de El Llano, la apreció conjuntamente con el contenido de la escritura 268 de 1940, cuya copia se llevó a aquel juicio; como se trajo a éste la copia de la escritura 786; y ello le bastó a la Corte para hallar entonces la prueba de la simulación, según puede confirmarse con la simple lectura del fallo de 29 de agosto de 1951, del cual es pertinente transcribir:

"Eduvina confiesa en posiciones que cuando Bernal le vendió la finca de El Llano ella entendió 'que ésto equivalía al pago **de mis servicios** que le presté a éste junto con mis hijos, como cocinera, durante 35 años, que lo acompañé (7ª, 14 y 17), pues yo le dí el dinero por concepto de esa venta', para afirmar en seguida que 'se le pagó en animales, y como los animales valen dinero, sí le cubrí su valor en esta forma'.

"Pero en la escritura 268 de 1940, sobre venta de Sevilla y unos derechos herenciales, consta lo contrario, a saber: 'Que estas cantidades (los precios), en su totalidad, confiesa el vendedor tenerlas recibidas de la compradora y a su satisfacción, así: una parte, por valor y concepto de servicios domésticos y trabajos agrícolas que el vendedor reconoce que la compradora le ha venido prestando en más de veinte (20) años, servicios y trabajos que no le había pagado y que por consiguiente le estaba debiendo; otra parte, en dinero de varios años de ahorro, que la compradora le daba a guardar y que el vendedor no le había devuelto; y el resto, en dinero también que la compradora adquirió como utilidades en compañía de siembras y levante y ceba de ganados'.

"Resumiendo: el precio de El Llano resulta pagado, según la escritura, en dinero efectivo, al contado, proveniente, la mitad, de ahorros de los hijos de la compradora, y la otra mitad con dinero de ésta; y según las posiciones, fué una dación en pago de servicios de Eduvina como cocinera durante treinta y cinco años. Y sin embargo, a ella se le pagaron, poco tiempo después, con la venta de Sevilla, servicios domésticos correspondientes a veinte años. ¿Qué hay de cierto en afirmaciones tan contrarias? ¿Bernal pagó a Eduvina sus servicios con la venta de El Llano, o con la venta de Sevilla? Además, cuando ella se caso con Bernal, en 1940, tenía cuarenta y seis años de edad, según la partida de matrimonio, es decir, contaba cuarenta y tres en 1937, año en que se otorgó la escritura de venta de El Llano, y si entonces se le debían servicios de cocinera correspondientes a treinta y cinco años, resultaría que empezó a servir como tal de ocho años de edad, lo que no parece aceptable. Y en la escritura de venta de El Llano, cuando dice que la mitad del precio de ochocientos pesos fué pagada con dinero de Eduvina, se agrega esta frase que carece de explicación en una compraventa real: 'Suma por la cual tiene derecho a la administración y usufructo de la finca de por vida, no pudiendo dicha señora... vender este usufructo a otra persona distinta fuera de sus mencionados hijos'.

"No habla la verdad con tantas contradicciones y subterfugios, ni es ella la que asoma por entre esa maraña de afirmaciones inexactas, inconexas

y hasta absurdas. Otra es la faz, de desviados ojos y sonrisa fingida, que aparece escondiéndose tras la maleza de lo contradictorio.

"Agréguese al anterior análisis: la humilde condición de Eduvina Sánchez cocinera durante largos años, dedicada a los oficios domésticos y a la crianza y cuidado de sus numerosos hijos, nacidos entre los años de 1914 y 1937; sin recursos propios, según lo atestiguan varios declarantes; viviendo desde muchacha en un pobre medio rural, en concubinato público, con un hombre casado, de quien hubo la prole, quien era único sostén y con quien terminó casándose cuando no habían corrido tres meses de fallecida su mujer legítima.

"Vendida la finca de El Llano a Eduvina y sus hijos en diciembre de 1937, Bernal continuó, no obstante, ejercitando en ella actos de verdadero dueño y disponiendo de sus frutos, según lo confiesa él al absolver las posiciones 3ª, 9ª y 20ª, y aquélla en las respuestas a las preguntas 5ª y 10ª.

"Hay, pues, en el proceso una serie de indicios, no necesarios, pero graves muchos de ellos, precisos y conexos entre sí y plenamente comprobados, que convergen todos a demostrar, en concepto de la Sala, la simulación indudable de la compraventa demandada, contrato inexistente que no tuvo otra finalidad que encubrir una donación de Bernal a su concubina...".

Síguese de lo expuesto que resulta patente el error de hecho, en que incurrió el Tribunal, en la apreciación de los autos, porque la escritura 786 de 1937 se encuentra agregada de manera regular al proceso, como se confirma leyendo su tercera copia auténtica, que corre a folios 58 a 61 del cuaderno número 2, copia que fué expedida en cumplimiento del despacho Nº 16 librado por el Juez dentro de este juicio ordinario de María del Carmen Bernal Cortés contra José del Carmen Bernal y otros, según auto del 3 de marzo de 1945. También se encuentra el certificado del Registrador relativo al mismo asunto, el cual se hizo llegar al expediente por diligencia del despacho Nº 17 que libró el Juzgado en cumplimiento de su propio auto de 3 de marzo de 1945.

Por tanto, habrá de infirmarse parcialmente la sentencia, porque con ese error de hecho se violaron los artículos citados por el recurrente, entre ellos, el 1766 del código civil que na permitido a la jurisprudencia consagrar los principios sustantivos que regulan científicamente la simulación.

Prosperando, pues, el cargo, no hay lugar para el examen de otros y se impone, como se dijo, la infirmación de la sentencia. Para dictar la que haya de reemplazarla, procede esta Sala con jurisdicción de instancia, agregando a las anteriores estas nuevas consideraciones.

Con las pruebas que se han analizado se demostró que mediante la escritura 268 otorgada el 11 de mayo de 1940 en la notaría de Pacho, las partes en aquel negocio, o sean, José del Carmen Bernal y Eduvina Sánchez, celebraron de veras, como acto oculto, una donación que encubrieron bajo el ropaje de la compraventa. Ello significa que esta última constituye un acto mentiroso, fingido, en una palabra, simulado, que es jurídicamente inexistente. En cambio la donación sí reúne, por lo menos si se juzga por lo que consta en el proceso, todos los requisitos ordinarios para su existencia y validez, porque el amancebamiento entre Bernal y la Sánchez no apareja de suyo incapacidad de los concubinos, ni general para hacerse enajenaciones, ni particular para recibir ni para disponer a título gratuito; y de tal manera, por regla general, valen cualesquiera donaciones entre vivos que el concubinario haya hecho a su amasía, de acuerdo con los artículos 1444 y 1503 del código civil; a menos que se probare, lo cual no se intentó en este juicio, que el fin de aquella liberalidad hubiera sido remunerar el concubinato en sí, unión ilícita desconocida por nuestras leyes. Así, pues, resulta claro que la donación expresada, como acto jurídico, debe regirse en cuanto a su existencia y validez por las normas generales de los contratos de bienes raíces y por las especiales del que se contempla. Ahora bien, según el artículo 1458 del código civil, la donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos mil pesos y será nula en el exceso.

Como en la especie **sub-lite** la donación de José del Carmen Bernal a su antigua amasía Eduvina Sánchez, no fué insinuada, es decir, faltó la autorización judicial competente, se impone reconocerle validez hasta concurrencia de la cantidad señalada por la ley, y pronunciar su nulidad en cuanto al exceso.

Por lo que toca con los bienes que fueron objeto de la donación, ellos se especificaron en el contrato de la escritura 268 de 11 de mayo de 1940 y fueron adquiridos por el donante a título oneroso mientras subsistía el matrimonio de éste con Paulina Cortés, madre de María del Carmen, la actora. Síguese que se trata de bienes adquiridos por la sociedad conyugal de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 1781 del código civil.

Al morir Paulina el 16 de mayo de 1940, la so-

ciedad conyugal se disolvió, y a ella pertenecen, como bienes gananciales, los mismos de que se ha hablado y que fueron materia de la donación encubierta de José del Carmen Bernal, marido de Paulina y concubinario de Eduvina Sánchez, como liberalidad para con éste.

La mitad del valor de dichos bienes, previas las deducciones a que hubiera lugar conforme al artículo 1830 del código civil, corresponde a cada uno de los cónyuges: en cabeza propia al sobreviviente y en cabeza de su heredera al fallecido; es decir; que éste —Paulina Cortés de Bernal—, viene representado por la sucesión en la cual sólo se apersonó y fué reconocida como asignataria universal, la hija legítima, María del Carmen Bernal Cortés de Fernández.

De acuerdo con las súplicas novena y décima de la demanda —únicas que prosperan—, se debe reconocer dicha cuota a favor de la sucesión de Paulina Cortés de Bernal, representada, a su turno, por la hija demandante, la cual reclama aquel derecho de su autora en la sociedad conyugal formada con el padre de la misma, y a ella se agregan los frutos, naturales y civiles, y cualesquiera otros accesorios legales de los bienes, y no sólo los producidos sino también los que se hubieren podido producir con mediana inteligencia y cuidado, pero deduciendo los gastos necesarios para ello; a que el cónyuge muerto tenía derecho y que, por su muerte, pasó a sus herederos.

El cálculo o estimación en abstracto de los derechos de la sociedad conyugal Bernal-Cortés, sobre el inmueble del pleito, formado por la finca de Cañas Viejas o Sevilla y la porción de Los Mangos o Morritos, con que se pagaron los derechos habidos para la sociedad por el marido José del Carmen en la sucesión de Teodora Rojas y José María Parra, debe efectuarse con arreglo al dictamen pericial rendido en la primera instancia por los señores Luis Felipe Ruíz, Nicolás Vega F. y José María Nava, según concepto que corre a los folios 38 y 39 del cuaderno número 2. Los dichos estimaron que los inmuebles —objeto de la escritura 268 de 11 de mayo de 1940, de la notaría de Pacho, valían entonces la cantidada total de catorce mil cuatrocientos pesos ($ 14.400.00). Es decir, la donación de José del Carmen Bernal para Eduvina Sánchez, obliga a reconocerle a la segunda un derecho de dos mil pesos ($ 2.000.00) o cuota proindiviso de dicho valor, en relación con el avalúo de $ 14.400.00, dado a todo el inmueble formado como ya se explicó.

Dentro de tal inmueble queda comprendida la finca llamada de "San José" que aparece vendida a Buenaventura Fernández por escritura número 360 otorgada el 12 de mayo de 1944 en la notaría de Pacho, por Eduvina Sánchez. En el juicio se probó que esa finca hacía parte de las otras nombradas, a que se refieren las escrituras 268 de 1940 y 141 de 1935, otorgadas ambas en la notaría de aquel circuito.

Como el señor Juan Buenaventura Fernández aparece demandado en el presente juicio conjuntamente con Eduvina Sánchez de quien deriva título, y con José del Carmen Bernal, donante de aquélla, y con José del Carmen Sánchez hijo de la misma Eduvina y a quien ella le trasmitió el terreno de Los Mangos por escritura 593 de 17 de julio de 1943 otorgada en la misma notaría, se impone hacer frente a todos el reconocimiento de los derechos de María del Carmen Bernal Cortés de Fernández, como heredera de Paulina Cortés de Bernal, respecto de los bienes que figuran en el título común a los demandados que es la citada escritura 268 de 11 de mayo de 1940, notaría de Pacho.

Puesto que dicho inmueble o dichos inmuebles aparecen estimados en la suma total de $ 14.400.00, es lógico que la mitad, o sea un derecho en común y proindiviso de valor de $ 7.200.00 corresponde a la sucesión del cónyuge muerto, es decir, a María del Carmen Bernal Cortés de Fernández, heredera única reconocida sin perjuicio de terceros en la mortutoria de Paulina Cortés de Bernal. La otra mitad es para José del Carmen Bernal, cónyuge sobreviviente. La donación por valor de $ 2.000.00 en relación con dicho avalúo grava solamente esta porción que corresponde a José del Carmen Bernal y en favor de Eduvina Sánchez.

Sentencia:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este pleito con fecha 18 de junio de 1947, esto es, en cuanto por ella se absuelve a los demandados de los cargos que formula el libelo de 28 de octubre de 1944 en sus ordinales noveno (9º) y décimo (10º), y en su lugar falla así el litigio:

Primero.—No están probadas las excepciones propuestas por los demandados.

Segundo.—La compraventa de que trata la escritura Nº 268 otorgada el 11 de mayo de 1940 en la notaría de Pacho, es simulada.

Tercero.—Dicho negocio encubre un contrato de donación entre vivos de José del Carmen Bernal en favor de Eduvina Sánchez, el cual ha tenido y tiene valor legal sobre un derecho proindiviso en cantidad de dos mil pesos respecto de un avalúo total de catorce mil cuatrocientos pesos, dado al inmueble que se forma unificando las fincas de Cañas Viejas o Sevilla y de Los Mangos o Morritos, según linderos que constan así en la escritura número 268 de 1940, como en la número 593 de 16 de julio de 1943 y 360 de 12 de mayo de 1944, apreciados de acuerdo con el estudio y confrontación que se hizo sobre el terreno en el acta de inspección ocular practicada el 7 de mayo de 1945 y dictamen pericial presentado el 19 de los mismos (cuaderno 2º, folios 33 v. y 34; 38 y 39).

Cuarto.—Condénase a José del Carmen Bernal, a Eduvina Sánchez hoy de Bernal, a Juan Buenaventura Fernández, y a José del Carmen Sánchez, a restituír a María del Carmen Bernal Cortés de Fernández, el derecho que corresponde a la sucesión de Paulina Cortés de Bernal en las mencionadas fincas o sea en las de Cañas Viejas o Sevilla y Los Mangos o Morritos, hasta concurrencia de su cuota por valor de siete mil doscientos ($ 7.200.00) pesos en relación con un avalúo de $ 14.400.00.

Quinto.—Condénase a los mismos José del Carmen Bernal, a Eduvina Sánchez de Bernal, a Juan Buenaventura Fernández y a José del Carmen Sánchez, a pagar a María del Carmen Bernal Cortés de Fernández el valor de los frutos naturales y civiles correspondientes a la porción del inmueble, cuyo derecho se le reconoce a la misma sucesión en el ordinal inmediatamente anterior, percibidos o que hubieran podido percibirse con mediana inteligencia y actividad, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, o sea, a partir del 13 de febrero de 1945, y hasta el día en que el pago se efectúe, con deducción de los gastos ordinarios que la parte demandada haya invertido para producir tales frutos.

La fijación del importe líquido de esta condena se hará con sujeción a la parte motiva de esta sentencia y por el procedimiento previsto en el artículo 553 del código judicial.

Sexto.—Decrétase la cancelación de la inscripción de la escritura número 268 de 11 de mayo de 1940 otorgada en la notaría del circuito de Pacho, asentada el 14 de mayo de 1940 en el Libro de Registro Nº 1, de la Oficina correspondiente; cancelación que se hará en armonía con la presente sentencia, o sea, reconociendo la validez de la donación a Eduvina Sánchez por cuantía de dos mil pesos, en relación con el avalúo de catorce mil cuatrocientos dado al inmueble formado por los bienes a que el registro se refiere.

Séptimo.—La sentencia recurrida queda confirmada en lo demás compatible con la presente.

Sin costas en las instancias ni en el recurso de casación.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo A. Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

PRUEBA DE LOS ACTOS Y CONTRATOS SUJETOS A LA SOLEMNIDAD DE LA ESCRITURA PUBLICA. — CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS.—PRESCRIPCION ORDINARIA DE INMUEBLES

1.—"Por regla general, para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública, es bastante la presentación del correspondiente instrumento, en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige además de la presentación de este título registrado, se acredite su suficiencia, como sucede, entre otros, en los contemplados en los arts. 968, 1135 y 1189 del C. J. Esta forma de acreditar el dominio, que como se ve es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario demostrar la propiedad en juicio en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar la indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad, cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del art. 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador. Pero no es ley exigir que se acredite la suficiencia del título en juicio de reivindicación, en los que no se trata de mostrar sumariamente el dominio, sino de justificar, con relación al demandado, el derecho que tiene para que la cosa que éste posee, pase a poder del demandante, estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos, una situación jurídica más arreglada a derecho, como acontece en este caso en relación con los fenómenos operados por la reforma legislativa en el régimen de la sociedad conyugal" (Casación de 20 de mayo de 1949, Tomo LXVI, Nos. 2073-2074, pág. 83).

2.—Desde que un derecho litigioso es susceptible de traspasarse en todo o en parte, el cesionario, en guarda de sus intereses, puede hacerse presente en el respectivo juicio, para que su derecho sea reconocido. Se cede un derecho litigioso, cuando el objeto directo de la cesión, es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente.

3.—La Corte tiene establecido que no cabe casar para llegar a la misma conclusión del Tribunal, sino que lo procedente y a la vez suficiente para los fines que a la casación asigna el art. 519 del C. J., es establecer la verdadera doctrina que unifique la jurisprudencia nacional, o a ésto concurra en cada caso, en la parte motiva, no sin que de otro lado, se reconozca que el recurrente se halla libre de costas, aún sin lograr que el fallo recurrido se case, porque de ellas lo exime el art. 575 de la misma obra, en la parte final de su numeral 2° (véase G. J., Tomo XLV, pág. 737).

4.— La prescripción ordinaria de bienes raíces requiere, entre otras condiciones, que se trate de cosas prescriptibles, que se hubiere ejercido la posesión regular de éstas y que esa posesión haya sido ininterrumpida durante un lapso de diez años, y como la posesión regular es la que procede del justo título y ha sido adquirida de buena fe, se requiere además: 1° La existencia de justo título, ya sea constitutivo o traslaticio de dominio, y siendo uno de esta última especie, es necesario también la tradición de la cosa, lo que cuando se trata de inmuebles, sólo se realiza plenamente con el registro del título y con la entrega material de la cosa, por lo cual, en tratándose de esta clase de bienes, para la prescripción ordinaria es de rigor la concurrencia de la posesión inscrita y de la material; 2° La existencia de la buena fe, que, por lo general, se presume, aunque apenas concurra en el momento de adquirir la posesión.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes:

Los doctores Rafaél Ignacio García y Guillermo Peñaranda, obrando en su propio nombre y en representación de Aristóbulo Yepes, demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Bogotá a los señores Guillermo Quimbay y María Adela Rodríguez de Quimbay, para que por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se declare que los demandantes son dueños de los lotes numerados uno, tres, cuatro y cinco de la manzana número 31 de la urbanización denominada "La Constructura", ubicada en el barrio de Chapinero de la ciudad de Bogotá, alinderados como allí se expresa y por la cabida que se determina; que los demandados deben restituír, como perteneciente al predio número primero, una zona de terreno que le han arrebatado los mismos, de una extensión aproximada de 296,875 varas cuadradas, por los linderos que se señalan, y de los marcados tres, dos, cuatro y cinco, una faja aproximada de 149,77 varas cuadradas, también por los linderos que se indican; que los demandados deben cubrir a los demandantes los frutos civiles y naturales, a partir del veintitres de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, o en subsidio, desde la notificación de la demanda y por las costas del juicio, debiendo tenérseles como poseedores de mala fe.

Los hechos en que se apoya la demanda pueden sintetizarse así: que por escritura 5300 de 16 de octubre de 1946, de la Notaría Cuarta de Bogotá, Aristóbulo Yepes traspasó a García y Peñaranda la mitad de las porciones de terreno que se demandan; que el vendedor y a la vez demandante Yepes hubo lo vendido por adjudicación de los inmuebles uno, tres, cuatro y cinco, a los cuales pertenece lo demandado, por adjudicación en la causa mortuoria de Alberto Medina, año de 1937; el causante Medina adquirió lo mismo por compra a la Compañía Administradora de las Rentas de Cundinamarca, año de 1932; esta empresa había adquirido de José A. Barragán, año de 1926; Barragán de Alberto S. Soto año de 1924 y éste, a su turno, se S. Gutt. & Cía., por escritura número 1289 de 28 de julio de 1923, de la Notaría Tercera de Bogotá.

Los demandados adquirieron en la misma urbanización, los lotes marcados dos, seis, siete y ocho, así: María Adela Rodríguez por compra de la mitad de tales zonas a Guillermo Quimbay, año de 1938. A la venta le señalaron una delimitación global y no la especial de cada porción demarcada conforme la urbanización; el vendedor Quimbay se reservó, pues, la mitad y hubo la referida propiedad así: una mitad por compra a su pariente Jorge E. Quimbay, por escritura 3290 de 1937; Guillermo y Jorge Quimbay compraron a Leonidas Castillo en 1935, en el respectivo título también se delimitaron en globo los terrenos; Castillo adquirió por remate público en 1932, donde se señalaron las medidas de cada una de las diversas porciones. Tal remate se llevó a cabo en el juicio de venta de Josefina Kohn de Aconcha contra María Gutiérrez de Mariño, año de 1932.

Expresan los actores que "los demandados no pueden aspirar a mayor porción de terreno de la que relacionan los lotes de la urbanización en referencia y al extender sus linderos hasta la calle 52, tomaron más terrenos del que les correspondía conforme a las adquisiciones de los primitivos dueños y especialmente de los lotes de la urbanización". Se indica, además, que los demandados son poseedores del bien que se les reclama.

Notificada la demanda, los referidos Quimbay y Rodríguez de Quimbay se opusieron.

Sentencia de primera instancia

Con fecha nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, se pronunció la de primer grado, con la absolución de los demandados, por falta de pruebas. Sin costas.

La sentencia recurrida

Apelaron los demandantes y el demandado doctor Quimbay del proveído de instancia, por lo cual los autos se remitieron al Tribunal, donde con fecha diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta, se puso término al juicio, condenando a los demandados a restituír determinadas fajas de terreno de propiedad de los reclamantes, que corresponden a los predios uno y tres de la manzana treinta y una de la urbanización "La Constructora", de los cuales se declaró propietarios a los actores. Se condenó, además, a los demandados, como poseedores de mala fe, a pagar solidariamente los frutos civiles y naturales en los términos de la ley, por estar demostrada su temeridad en afrontar el litigio a las costas de éste.

Para llegar a la solución que se deja enunciada, el Tribunal hace un detenido estudio de las condiciones requeridas para que la acción de dominio sea viable, e inicia su labor con el examen de los títulos que acreditan la propiedad de la zona en disputa por parte de los demandados, y encuentra que el señor Yepes es propietario por habérsele adjudicado lo reclamado en la sucesión de Medina y se remonta

en la confrontación y examen de títulos, hasta el año de 1926, anotando que en las diversas tradiciones se han señalado unos mismos linderos hasta llegar a los instrumentos públicos de adquisición de los actuales propietarios, quienes son: Yepes en un 50% y García y Peñaranda en el resto.

No sucede lo propio con los documentos escriturarios de los demandados, donde al hacerse la venta de Leonidas Castillo a Guillermo y Jorge Quimbay, por medio de la escritura pública número 3537, se señalaron linderos distintos de los expresados en el título primitivo, o sea en el número 1350 de 6 de agosto de 1923.

Textualmente dice el Tribunal:

"De manera que observando los linderos anotados en las escrituras 1350 y 3537, se pone de manifiesto la alteración que hizo Leonidas Castillo en lo que hace referencia al lindero del norte, pues, extendió éste hasta la calle 52; los títulos estudiados nos dicen claramente que la pretensión de Castillo no podría extenderse hasta la calle 52, ya que los lotes, 1, 3, 4, y 5, se ha visto que han sido trasmitidos en dominio, sin ninguna alteración en lo que hace a linderos, a los señores Aristóbulo Yepes, García y Peñaranda".

"El detenido análisis de los títulos en la forma en que ha quedado consignada, nos indica claramente que los demandantes han robado el derecho de dominio sobre los lotes números 1, 3, 4 y 5 de la manzana 31. Por el contrario, el lindero de las propiedades de los demandados, no puede extenderse más allá del lindero del lote número 6 con el lote número 5, según el plano traído a los autos".

Observa el juzgador que Jorge Quimbay vendió a Guillermo del mismo apellido, por escritura 329 de 1937, y éste cedió la mitad de su derecho a la demandada María Adela Rodríguez de Quimbay.

Encuentra al examinar las condiciones requeridas para que la acción de dominio prospere singularizada la cosa que se reclama, dos pequeñas porciones con sus respectivos medidas y linderos.

En cuanto a la posesión material por los demandados de la zona en disputa también la halla establecida. Dice que en el acto de la inspección ocular, se encontraba en la finca Jorge Quimbay, pero anota que éste ya había vendido su derecho a Guillermo quien, a su vez, traspasó un cincuenta por ciento (50%) de toda la propiedad a la señora demandada Rodríguez de Quimbay. Se estableció en el acto de la diligencia que Guillermo Quimbay, basado en el título que proviene de Leonidas Castillo, había corrido las cercas, apoderándose del terreno de los actores. En cuanto a la posesión de la demanda, estando ésta en comunidad con Quimbay, la posesión de éste, sin advertir o alegar que posee exclusivamente, se ha de entender que la tiene para la comunidad, con lo cual el sentenciador dá por establecido el requisito de la posesión de lo que se reivindica por los demandados.

Por último dice el Tribunal, que por medio de una inspección ocular, que examina y comenta, se puso de presente la identidad de lo que se reclama con la porción de terreno ocupada por Quimbay y la señora Rodríguez de Quimbay, fuera de la zona que según sus escrituras encierra su propiedad.

En desacuerdo con la anterior providencia, interpuso recurso de casación, *exclusivamente*, el demandado Guillermo Quimbay.

El recurso

Con apoyo en el art. 520 del C. J., causales 1ª y 2ª, se han aducido por el recurrente los cargos que a continuación se estudian.

Causal 1ª—I.—Dice el doctor Quimbay que la sentencia es violatoria de ley sustantiva, por indebida aplicación al caso del pleito, del artículo 946 del C. C.

No dice si por violación directa o indirecta del precepto, mas a continuación, al exponer las razones que sustentan el reparo, habla de que a la indebida aplicación se llegó por error de derecho en la apreciación de las siguientes pruebas:

a) De la del dominio de los demandantes, pues siendo insuficiente el título justificativo de ese dominio y no habiéndose comprobado y demostrado el contenido del mismo título, los actores no establecieron su calidad de "dueños de cosas singulares". Que al considerarse el título del dominio exhibido por los mismos, o sea la escritura pública 2589 de agosto de 1937, se "violó de paso por infracción directa el art. 1759 del C. C., que dispone que el instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados".

b) Por haber incurrido el Tribunal en manifiesto error de hecho, al dar por identificado el bien materia de la demanda.

c) Por indebida estimación de la prueba de la posesión de los demandados a las varas de terreno que se reivindica, consistente en que sin haberse establecido en el juicio los hechos al través de los cuales se presume la posesión, se dá por establecida

ésta, "con la sola confesión de uno de los demandados".

II. — *Acusa también por infracción directa*

Por falta de personería de la parte demandante, porque en su sentir la escritura del convenio efectuado entre Yepes y los doctores García y Peñaranda, entraña un "típico contrato de mandato remunerado al tenor de los arts. 2143, 2144 y 2146 del C. C.", los que implican que los referidos cesionarios no podían reclamar para sí la zona en disputa, sino simplemente para su poderdante. Que se demandó para una comunidad inexistente.

Se considera:

No indica el recurrente en qué consiste el error de derecho de que se querella en la apreciación de la escritura pública que acredita la propiedad de los demandantes, que debidamente inscrita y con las formalidades legales fué exhibida para demostrar su dominio sobre la zona que reivindican. Además de ello, se presentaron los títulos de los dueños anteriores al reivindicante hasta llegar a la adquisición hecha por "S. Gutt. & Cía.", antecesores en el dominio, tanto del predio de los demandantes como de los demandados, sociedad que adquirió en 1923 por medio de la escritura 1350 de 6 de agosto de ese año, ciertos solares que constituían en la urbanización "La Constructora", la manzana 31, la cual subdividida en parcelas, las del lado sur han llegado al dominio de los demandados, y las del norte a poder de los demandantes.

Se efectúa la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Este hecho quedó plenamente demostrado en autos con la copia presentada de los instrumentos que acreditan la propiedad de los demandantes, con las correspondientes notas de inscripción.

Expresa el recurrente que la prueba aducida como demostración del dominio por quienes lo reivindican, no es suficiente, por no haberse acompañado al juicio el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, de que trata el art. 635 del C. J., sobre suficiencia del mismo. En sentencia de esta Corte, publicada en el Tomo 53, pág. 677 de la GACETA JUDICIAL, sobre la materia se dijo lo siguiente:

"...Por regla general para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública es bastante la presentación del correspondiente instrumento en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige que además de la presentación de este título registrado se acredite su suficiencia, como sucede entre otros, en los contemplados en los arts. 968, 1135 y 1189 del C. J. Esta forma de acreditar el dominio que como se vé es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario demostrar la propiedad en juicio en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar la indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del art. 1008 del C. J, o para acreditar la solvencia de un fiador. Pero no es ley exigir que se acredite la suficiencia del título en juicio de reivindicación, en los que no se trata de mostrar sumariamente el dominio, sino de justificar, con relación al demandado, el derecho que se tiene para que la cosa que éste posee pase a poder del demandante, estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos, una situación jurídica más arreglada a derecho, como acontece en este caso en relación con los fenómenos operados por la reforma legislativa en el régimen de la sociedad conyugal" (Casación Civil, mayo 20 de 1949, Tomo LXVI. 2073-2074) ...8ª, 2ª".

Agrega el mismo recurrente que tampoco se cumplió con la formalidad esencial de identificar el bien que se demanda y al efecto ataca la apreciación del dictamen pericial que sirvió de fundamento al sentenciador para dar por demostrada tal circunstancia.

Un estudio de la cuestión de hecho planteada y las conclusiones a que llegó el Tribunal luégo de analizar las inspecciones oculares de primera y segunda instancias y los dictámenes de peritos en ellas aducidos, demuestran cuán infundado es el cargo. Hay disparidad de criterio entre el recurrente y el Tribunal, en cuanto a la estimación de tales elementos de juicio, mas no aparece establecido por el demandante ante la Corte en qué consiste el error, ni menos que exista un evidente error de hecho o de derecho en su apreciación.

Los peritos, mediante el reconocimiento de los lotes de una y otra parte que poseen en la manzana 31 de la urbanización "La Constructora", observaron:

a) Que al señalarse en la demanda la extensión de la zona de terrenos que se reclama a los demandados, se indicó determinado número de metros,

cosa que no coincide con lo que a juicio de los peritos se halló detentan los demandados; mas si ésto es así, es necesario recordar que se indicaron límites precisos a las porciones de terreno que se reclaman y al hablar de su cabida se dijo que aproximadamente tantos metros, demandándose como cuerpo cierto y no por cabida.

b) Que solamente apareció de la referida prueba pericial que los lotes cercenados por los demandados fueron los indicados con los números 1 y 3, los cuales con todo quedan incluídos en las zonas delimitadas y reclamadas como de propiedad de los actores, detentadas por su contraparte.

c) Que los peritos fundaron su dictamen, no sólo en lo observado por ellos y el juzgado en la propiedad discutida, sino que hicieron un examen del plano de la urbanización protocolizado en una de las Notarías y de donde parte la propiedad de demandantes y demandados, cuestión indispensable para precisar la extensión de cada lote y su delimitación.

Además de éstos, el juzgador recalca sobre lo ya advertido por los peritos, de que los demandantes precisan en su demanda los linderos de las porciones detentadas. "Que son según el plano elaborado por los peritos los mismos indicados en la demanda".

Todo lo cual fué razón suficiente para que el sentenciador considerara demostrado que lo que se reivindica por los demandantes, es lo mismo que poseen los demandados.

La Corte no observa ningún error en la apreciación de las pruebas que establecen la identificación de la cosa que se reivindica y sería demasiado pedir el considerar que fuera algo imposible precistar tal zona, que está comprendida en una manzana dividida en parcelas, de las cuales, las que miran al norte fueron adjudicadas a los demandantes, y las del sur a los demandados.

Además, el propio juzgador de segundo grado encontró el fundamento de la discrepancia en los derechos que se litigan, la cual tuvo origen en la adulteración de linderos hecha por Leonidas Castillo, entre los que aparecen del título de su adjudicación en el remate de que se ha hablado y los incluídos en la escritura número 3537, título del demandado Guillermo Quimbay, o sea por el cual éste adquirió.

Por lo expuesto se declara sin fundamento el cargo.

III.—Sostiene también el demandante que no se probó la posesión de lo reivindicado por parte de la otra demandada señora Adela Rodríguez de Quimbay, con violación del art. 946 del C. C.

Se considera:

Sobre el particular basta observar que la señora de Quimbay no recurrió de la sentencia que la condenó a entregar y el doctor Guillermo carece de personería para obrar en su nombre.

Se rechaza en consecuencia el cargo.

IV.—Se acusa también por infracción directa del art. 946 del C. C., y de los arts. 2142 a 2146 del mismo Código, porque a juicio del recurrente, García y Peñaranda no pudieron demandar en nombre como cesionarios del derecho litigioso y porque el contrato de honorarios no autorizaba a los referidos profesionales García y Peñaranda reivindicar para sí, debiendo haberse presentado en el pleito exclusivamente en nombre de su cliente.

Se considera:

Desde que un derecho litigioso es susceptible de traspasarse en todo o en parte, el cesionario, en guarda de sus intereses puede hacerse presente en el respectivo juicio para que su derecho sea reconocido. Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión, es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente. En el caso en estudio, se ha realizado la cesión de un cincuenta por ciento del derecho del señor Yepes en pago de servicios profesionales. Una cosa es el mandato remunerado y otra la dación en pago realizada para cubrir los honorarios (Véase GACETA JUDICIAL Tomo 43, pág. 468).

V.—*Causal 2ª Incongruencia.*

Se funda el reparo en esta causal, en que el Tribunal se abstuvo de decidir en la sentencia acusada, sobre la excepción de prescripción oportunamente interpuesta; dejó el juzgador de pronunciarse sobre una de las defensas oportunamente invocadas por los demandados.

Se considera:

En puridad de verdad, el Tribunal pasó por alto considerar en su fallo el medio exceptivo que como defensa se propuso por el demandado doctor Quimbay, en su alegato de bien probado en la segunda instancia.

Allí claramente manifiesta: "Por otra parte hace más de diez años que poseo, en común y proindiviso

con el señor Jorge E. Quimbay, quieta y pacíficamente, sin violencia, clandestinidad, ni ningún otro vicio en la posesión y abroquelada en justo título, por lo cual me ampara también la prescripción ordinaria adquisitiva, la que invoco, para que se declare". Se alegó pues, la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio del inmueble que se reclama, por posesión con justo título por diez años y el juzgador nada dijo al respecto; dejó sin resolver este medio de defensa alegado oportunamente.

Lo que acaba de decirse, conduciría precisamente a acoger el cargo, casar la sentencia recurrida y reemplazarla por la que hubiera de corresponder según el art. 538 del C. J., a no mediar la circunstancia de que el fallo de instancia que reemplazase al recurrido, habría de conducir a la misma condena en él decretada, porque la excepción carente de prueba, no progresa, como pasa a estudiarse, no sin advertir que en parte accesoria el fallo del Tribunal habrá de reformarse por lo que adelante se dirá. La Corte tiene establecido en casos como en el que ahora se estudia, que no cabe casar para llegar a la misma conclusión del Tribunal, sino que lo procedente y a la vez suficiente para los fines que a la casación asigna el art. 519 de ese Código, es establecer la verdadera doctrina que unifique la Jurisprudencia nacional, o a ésto concurra en cada caso, en la parte motiva, no sin que de otro lado, se reconozca que el recurrente se halla libre de costas, aún sin lograr que el fallo recurrido se case, porque de ellas lo exime el art. 575 de la misma obra, en la parte final de su numeral 2º (G. J. Tomo 45, pág. 737).

El hecho que impide la casación del fallo, en cuanto a la excepción de prescripción alegada, es el de que ésta, no se demostró.

La prescripción ordinaria de bienes raíces requiere, entre otras condiciones, que se trate de cosas prescriptibles, que se hubiere ejercido la posesión regular de éstas y que esa posesión haya sido ininterrumpida durante un lapso de diez años, y como la posesión regular es la que procede del justo título y ha sido adquirida de buena fe, se requiere además: 1º La existencia de justo título, ya sea constitutivo o traslaticio de dominio, y siendo uno de esta última especie, es necesario también la tradición de la cosa, lo que cuando se trata de inmuebles, sólo se realiza plenamente con el registro del título, y con la entrega material de la cosa, por lo cual, en tratándose de esta clase de bienes, para la prescripción ordinaria es de rigor la concurrencia de la posesión inscrita y de la material; 2º La existencia de la buena fe, que por lo general se presume, aunque apenas concurra en el momento de adquirir la posesión (GACETA JUDICIAL Tomo LX, pág. 748 y Tomo LXVI, pág. 347).

Por parte del excepcionante, no se demostró la posesión material del demandado por el término de diez años requisito indispensable. Consta simplemente que el doctor Guillermo Quimbay está en posesión del bien que se le demanda que posee en comunidad, pero no se probó desde cuándo ejerce tal posesión.

El demandado no es representante de Jorge Quimbay a quien también le atribuye posesión, ni tal señor figura entre los demandados.

Lo expuesto es suficiente para declarar no probada la excepción propuesta, que no incide, aun cuando no estudiada por el Tribunal, en la parte resolutiva del fallo.

VI.—Por último acusa el recurrente el fallo por violación de ley sustantiva, por violación directa, "en razón de no haber aplicado, por lo que respecta al punto tercero resolutivo, los arts. 768 y 964 del C. C., pues del 23 de diciembre de 1935 hasta la fecha de la notificación de la demanda, los demandados han de ser considerados como poseedores de buena fe y por consiguiente no pueden ser condenados a pagar los frutos civiles y naturales de la cosa reivindicada, durante ese lapso.

Se considera:

Según el art. 964 inciso 3º del C. C., el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda y hay que reconocerle buena fe a los demandados en este pleito porque ella se presume según el art. 769 y porque la escritura de venta de Leonidas Castillo a Guillermo y Jorge Quimbay, les sirve de justo título, al tenor de la parte final del art. 766 del mismo Código. Por lo demás, no se demostró hecho alguno en contra de la expresa presunción. Habiéndose condenado al pago de frutos desde la fecha en que el doctor Guillermo Quimbay adquirió el terreno discutido, es innegable que el sentenciador incurrió en las infracciones legales que se le atribuyen. Por lo tanto, la sentencia en esta parte será casada y para resolver en instancia bastará reducir la condenación al pago de frutos, de la manera que acaba de indicarse.

Sentencia:

Por las consideraciones expuestas, la Corte Su-

prema de Justicia, en Sala de Casación Civil. administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha diez y seis de junio de mil novecientos cincuenta, la cual quedadá así:

Primero.—Los apartes primero y segundo de la aludida sentencia, queden en los términos decididos por el Tribunal.

Segundo.—Refórmase el punto tercero en el sentido de condenar a los demandados como poseedores de buena fe a pagar los frutos civiles y naturales a partir de la fecha de la contestación de la demanda.

La regulación se hará en los términos del artículo 553 del C. J.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pablo Emilio Manotas.—Luis Enrique Cuervo. Gualberto Rodríguez Peña—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA. — CUANDO HAY LUGAR AL SANEAMIENTO POR LA EVICCION. — AUTO PARA MEJOR PROVEER

1.—La facultad instituída en el art. 600 del C. J., para que el juzgador de segunda instancia pueda dictar autos para mejor proveer, con el fin allí determinado, es una facultad discrecional que se le otorga para que la ejercite de oficio, en interés de la justicia; en manera alguna al servicio de las partes.

La Corte, teniendo como mira principal aquella regla general de la doctrina, ha fijado el alcance de la contenida en el precepto del art. 600 del C. J., asentando las conclusiones: de que excepcionalmente puede el juez, en materia de pruebas y en el campo civil, intervenir activa y oficiosamente, dentro de nuestro sistema legal; que el mencionado artículo constituye precisamente uno de los casos de excepción al principio de la libertad o iniciativa atribuída a las partes; que se trata de una facultad cuyo ejercicio lo subordina la ley al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno de situaciones trascendentales del litigio.

2.—La doctrina y la jurisprudencia consideran a la posésión material como un hecho generador de derechos a favor del poseedor; y entre ellos, estiman como fundamental el consagrado en el art. 762 del C C., que instituye la presunción de reputarlo dueño, mientras otra persona no demuestre serlo. Presunción que lo coloca en una situación procesal favorable, en cuanto que en los juicios en que se discuta la cosa poseída, actúa como demandado, y es el demandante quien lleva la carga de la prueba, para demostrar su mejor derecho. Y en caso de concurrencia de elementos probatorios de igual convicción, el poseedor debe ser absuelto, en aplicación del principio: "in pari causa, melior est conditio possidentis".

La Corte también ha sostenido que este principio no se quiebra cuando a la posesión material de un inmueble se enfrenta un título escriturario de origen posterior a esa posesión, y siempre que emane de fuentes distintas de donde deriva el demandante sus derechos. Porque, en tal caso, el título invocado no ha podido transmitir un derecho de propiedad de que carece el otorgante vendedor, derecho que, desde antes del título, radicaba en cabeza del poseedor, por virtud de la presunción legal de dueño.

Pero aquel principio sí sufre quiebra, cuando, como en el presente caso, la posesión material invocada por el demandado, no es, en realidad, anterior al título presentado por el demandante.

3.—Es reiterada la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que "la admisión de la denuncia de un pleito al vendedor de una cosa, y el seguimiento del juicio con el vendedor mismo, no significa para éste la necesidad de sanear la evicción al comprador; que es en juicio posterior al promovido por éste, o contra éste, cuando se debe discutir la obligación de saneamiento; y que justificada la denuncia y aceptado como parte el vendedor, a él se le oye para la defensa de la cosa vendida; pero el fallo tiene que recaer necesariamente sobre el demandado poseedor de la cosa que se reivindica".

Explica la misma Corte los fundamentos de aquellas doctrinas, diciendo que: "la obligación de sanear, es decir, de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, comprende en su desarrollo dos períodos bien distintos: el primero, consiste en la obligación de acudir en defensa del comprador en el juicio que se le ha iniciado, asumiendo directamente la actuación, desde el momento en que el comprador a quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior a la venta, le hace la citación legal, denunciándole el pleito, para que comparezca a defenderlo; y el segundo, que comienza desde que la evicción se ha producido, esto es, desde que el comprador ha sido privado, total o parcialmente, de la

cosa vendida por virtud de la sentencia, consiste en la obligación de indemnizarle de los daños y perjuicios causados por la evicción, en la medida y términos que detalladamente establece la ley contra el vendedor que no ha cumplido con su obligación de amparar eficazmente al comprador. La privación total o parcial que sufra el comprador, por causa anterior al contrato y en virtud de sentencia judicial, es lo que jurídicamente caracteriza la evicción, según el art. 1894 del C. C., que la define obligatoriamente. Sólo cuando el comprador se ve lesionado en su posesión tranquila y pacífica, puede establecer la acción de saneamiento. Si no ha ocurrido privación en cumplimiento de sentencia judicial, no hay evicción. Sólo la evicción consumada genera legalmente la obligación indemnizatoria (Sentencia de 24 de marzo de 1947, G. J., Tomo LXII, pág. 84).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes:

Por escritura 160 de 5 de julio de 1941, de la Notaría de Villeta, en la cual se inserta la 79 de 1º de mayo del mismo año, de la Notaría de Onzaga, María Antonia Prada Blanco, en su propio nombre, y en representación de su hermana Ana Prada Blanco, vendió a Trino Villar Rueda, entre otros bienes inmuebles: "Una casa de habitación de tapias, madera y teja, situada en la calle cuarta (4ª) con carrera tercera (3ª) del área urbana de Onzaga, distinguida en su puerta de entrada con los números 292-294-399 y 371, demarcada así: Por el sur, la calle cuarta (4ª) y plaza pública; por el occidente, la carrera tercera; por el norte, paredes al medio lindando con el local de la Escuela de Niñas; y por el oriente, pared al medio, con el local de la Escuela de Varones, a salir a la calle cuarta (4ª), primer lindero".

En el mismo instrumento 160, se estipuló: "Que es condición de este contrato de que las vendedoras señoritas María Antonia y Rosa Ana Prada Blanco, se reservan la facultad de recobrar los inmuebles que por esta escritura venden hasta el día seis (6) de julio de mil novecientos cuarenta y tres (1943), por el precio de dos mil quinientos ochenta pesos ($ 2.580.00) moneda corriente y pagadero el día que se haga uso de esa facultad".

La copia de esta escritura, con su respectiva nota de registro, fué allegada a los autos, de oficio por el Tribunal de San Gil, y en ejercicio de la facultad que le confiere el art. 600 del C. J.

Por la escritura 139 de 19 de junio de 1943, de la Notaría de Villeta, Trino Villar Rueda, vendió a la señorita María Antonia Prada Blanco, los inmuebles que había adquirido por la 160 antes citada, entre ellos, la casa allí descrita, y en aquélla se expresa: Que los inmuebles allí determinados y alindados fueron adquiridos por el vendedor Villar Rueda, por compra hecha a las señoritas María Antonia y Rosa Ana Prada Blanco, ésta representada por la primera, conforme al instrumento público número 160 de 5 de julio de 1941; que el precio de $ 2.580.00, confiesa el vendedor tenerlo recibido de manos de las compradoras señoritas Prada Blanco; que en virtud de este contrato queda cumplido el pacto de retroventa a que se refiere la escritura 160 ya citada; y, "que presente la señorita María Antonia Prada Blanco dijo: que acepta esta escritura y la venta que ella contiene para sí y a nombre de la señorita Rosa Ana Prada Blanco, quien la autorizó para este efecto y porque es de ella la mitad del dinero con que se pagó este contrato".

Por escritura 140 de 19 de junio de 1943, de la Notaría de Villeta, la señorita María Antonia Prada Blanco, vende a Lucas Martínez Martínez, la totalidad de la casa a que se ha hecho mención antes, en su propio nombre y sin intervención de ninguna clase de su hermana Rosa Ana en ese acto.

La señorita Rosa Ana Prada Blanco no ha enajenado a ninguna persona la cuota parte que adquirió en la casa en referencia.

El señor Lucas Martínez Martínez, es el actual poseedor de aquel inmueble y la señorita Rosa Ana Prada Blanco, considera haber sido privada de la posesión y goce de la cuota que le pertenece en dicho bien.

Con fundamentos en estos hechos, la señorita Rosa Ana Prada Blanco, demandó a Lucas Martínez Martínez, ante el Juez Civil del Circuito de San Gil, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se hicieran las declaraciones siguientes:

Que la demandante es dueña del inmueble determinado en el hecho primero de la demanda, en una cuota equivalente a la mitad; que en consecuencia, se condene al demandado Lucas Martínez Martínez a restituír en el término que el juzgado le señale la casa en referencia en la cuota parte dicha; que se

condene asímismo, al demandado: al pago de los frutos civiles producidos por el inmueble, o a los que con mediano cuidado hubiere producido, teniéndolo como poseedor de mala fe, es decir, desde que entró en posesión, e incluyendo los deterioros causados en el inmueble, y al de las costas del juicio.

En la contestación de la demanda, el demandado Martínez Martínez, denuncia el pleito a la señorita María Antonia Prada Blanco, y se opuso a las pretensiones de la actora, negó unos hechos y aceptó otros.

El denuncio del pleito fué aceptado por el juzgado y puesto en conocimiento de la señorita Rosa Ana Prada Blanco, quien se notificó personalmente de la respectiva providencia y no intervino en forma activa en el juicio.

Finalizó la primera instancia con el fallo de 4 de mayo de 1948, en el cual se accedió a las pretensiones deducidas en la demanda; y reconociendo además, el derecho del demandado: "a retener en su poder la dicha mitad del inmueble mientras la actora no le pague o asegure a su satisfacción la mitad de los materiales de las mejoras puestas por Martínez en el inmueble, según se determinaron tales mejoras en la parte motiva de este fallo, y según el valor de los materiales después de separados. Sin costas".

Apeló el demandado de esta decisión, y a la segunda instancia, le puso fin el Tribunal de San Gil, con su fallo de 7 de julio de 1950, y por el cual se confirma el apelado, "pero en la forma siguiente".

"a) Se confirma en todas sus partes el ordinal 1º.

"b) El ordinal 2º quedará así: Condenar al demandado Lucas Martínez a restituír a la actora Rosa Ana Prada Blanco la mitad del inmueble de que trata el ordinal 1º anterior, pero el demandado Lucas Martínez tendrá derecho a retener en su poder la dicha mitad del inmueble mientras la actora no le pague o asegure a su satisfacción la mitad de las mejoras útiles puestas por Martínez en el inmueble, según se reconocieron y avaluaron en el término probatorio del juicio, esto es, $ 4.213.86.

"c) El ordinal 3º quedará así: Condenar igualmente al demandado Lucas Martínez a pagar a la actora Rosana o Rosa Ana Prada Blanco el valor de los frutos civiles de la mitad del inmueble percibidos desde la contestación de la demanda en adelante hasta cuando se verifique la entrega. El valor de los frutos civiles de la mitad del inmueble será fijado en la forma prevista por el art. 553 del C. J.

"d) Se confirma en todas sus partes el ordinal 4º. Sin costas en la instancia".

Para sustentar las conclusiones de su fallo, el Tribunal acoge, sin reservas el anáiisis y estudio comparativos, que el inferior hace de los títulos aportados al debate: los instrumentos públicos números 139 y 140 de 19 de junio de 1943 de la Notaría de Villeta, para definir lo relativo al origen de la propiedad del inmueble, o mejor, la cuota-parte discutida; el de la prueba testimonial, en relación con la inspección ocular, y el del dictamen pericial, elementos estos últimos allegados con el fin de demostrar el derecho del demandado al pago de las mejoras plantadas por él en la casa, y así reconocerlo; y a estas consideraciones, agrega:

"Como el derecho de dominio de la actora emana, según el libelo, de la escritura pública número 139 de 19 de junio de 1943, de la Notaría de Villeta, de acuerdo con la cual la señorita María Antonia Prada Blanco había adquirido el inmueble materia del pleito para sí y para su hermana Rosana o Rosa Ana Prada Blanco, la Sala hizo un estudio detenido del título y como en él se hallaban algunos términos que indicaban que la aceptante había obrado como mandataria de la actora, resolvió con fecha agosto 10 de 1949, dictar un auto para mejor proveer, solicitando de la Notaría de Villeta la copia de la escritura pública número 160 de 5 de junio de 1941, ya que, en la escritura 139 se decía: "Que en virtud de este contrato queda cumplido el pacto de retroventa a que se refiere la escritura número 160 ya citada. Presente la señorita María Antonia Prada Blanco, dijo: que acepta esta escritura y la venta que ella contiene para sí y en nombre de la señorita Rosa Ana Blanco, *quien la autorizó para este efecto y porque es de ella la mitad del dinero con que se pagó este contrato*".

Anota el sentenciador que la escritura llegó a los autos en copia debidamente registrada, y transcribe los apartes pertinentes de la comparecencia de la señorita María Antonia Prada Blanco en el acto de la venta con pacto de retroventa, que ella contiene, en su propio nombre y en representación de su hermana Rosa Ana, de quien es apoderada especial, conforme aparece del instrumento público 79 de 1º de mayo de 1941, de la Notaría de Onzaga, que en copia debidamente registrada, se agrega al protocolo, y la cláusula por medio de la cual se estipuló la reserva de la facultad de recobrar el dominio de los inmuebles vendidos, hasta el día 6 de julio de 1943, pra concluír:

"En ejercicio del mandato que le había sido conferido, la señorita María Antonia Prada Blanco otorgó la escritura pública número 160 de 5 de junio de 1941 en favor del señor Trino Villar Rueda, estableciendo la condición o pacto de retroventa. Con-

dición que se cumplió al otorgar el señor Villar Rueda la escritura número 139 de 19 de junio de 1943 de la Notaría de Villeta, en favor de la señorita María Antonia Prada Blanco. Así las cosas, la señorita María Antonia resolvió luégo enajenar, el mismo día y en la misma Notaría, todo el inmueble al señor Lucas Martínez Martínez, por medio de la escritura número 140 de 19 de junio de 1943, diciendo en el instrumento que obraba en nombre propio".

Analiza enseguida el Tribunal, el fenómeno jurídico de la estipulación para otro, partiendo del Derecho Romano, fija el concepto que de él se tiene en el Derecho Francés, y lo estudia también a través de nuestra legislación, para decir:

"Pero para que exista estipulación para otro es necesario que el estipulante no sea mandatario, ni representante legal, ni gestor de negocios del tercero beneficiario, porque la estipulación nace a la vida jurídica como una declaración unilateral de voluntad y no como el resultado de otro contrato, que como el mandato liga a las partes que contratan. En la estipulación para otro, entre estipulante y beneficiario no se crea ningún vínculo jurídico".

Para respaldar este concepto se trascribe una jurisprudencia de la Corte, sobre el particular.

"En el caso de estudio, agrega el Tribunal, no hay verdadera estipulación para otro, porque la señorita María Antonia Prada Blanco al estipular para su hermana en la escritura 139 de 19 de junio de 1943, no lo hizo libremente, sino en virtud de un poder o mandato que había recibido y que estaba ejercitando".

Estudia nuevamente el Tribunal, el proceso en el otorgamiento de los distintos instrumentos públicos, aportados a los autos, inclusive el del traído de oficio, el 160 de 5 de julio de 1941 para terminar su razonamiento en los siguientes términos:

"De acuerdo con estos hechos —que se hallan debidamente acreditados en los autos— la parte actora o sea la señorita Rosa o Rosa Ana Prada Blanco adquirió por escritura 139 la mitad de la casa que el demandado posee como dueño y alegando propiedad. La señorita María Antonia Prada Blanco al transferir el dominio de todo el inmueble al demandado, enajenó cosa ajena en lo que se refiere a la mitad. De modo que el demandado no adquirió por medio de la escritura 140 otros derechos que los transmisibles del tradente sobre la cosa entregada, los cuales no eran mayores a una cuota equivalente a la mitad del inmueble. El art. 1871 del C. C. dice que la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida. Estos derechos los ejerce la parte actora por medio del presente juicio, al reivindicar para sí la mitad de la cosa que posee actualmente el demandado Martínez.

"Para la Sala el derecho de la actora es incontrovertible, porque los elementos constitutivos de la acción reivindicatoria se encuentran plenamente establecidos en el juicio a saber: el dominio del actor; la posesión del reo; y la identificación de la cosa. Pero con lo que no se encuentra de acuerdo la Sala con el actor ni con el fallador de primera instancia, es en la estimación de la mala fe del poseedor Lucas Martínez, quien, en el presente juicio, debe considerarse como poseedor de buena fe porque no está establecido lo contrario".

El recurso:

La sentencia del Tribunal de San Gil, fué motivo del recurso de casación por parte del demandado; y con fundamento en las causales primera y segunda del art. 520 del C. J., se le formulan varios cargos, que se consideran en el orden de su presentación.

Causal primera.—"Por ser la sentencia violatoria de los arts. 762, 764, 765 y 780 del C. C., por apreciación errónea de la escritura pública Nº 160 de 5 de julio de 1941, pasada ante el Notario Principal del Circuito de Villeta, y especialmente del poder que consta en la escritura Nº 79 de 1º de mayo de 1941 de la Notaría de Onzaga".

1º—Desarróllase el reparo en el sentido de que la escritura 160 de 1941, fué traída a los autos con base en el art. 600 del C. J., y que la facultad de dictar autos para mejor proveer no autoriza al juzgador de segunda instancia para crear pruebas no producidas por descuido o negligencia de las partes, puesto que tal facultad ha sido conferida para que se aclaren los puntos que juzgue oscuros o dudosos. Que el Magistrado sustanciador, abusó de aquella facultad, "y, por consiguiente no era el caso de estimar el mérito de la citada escritura 160, porque no estando facultado para crear tal prueba para que ella formara parte del proceso, no se está dentro del caso contemplado por el numeral 4º del art. 597 del C. de P. C.", y, que lo que se trajo al proceso no fué la escritura pedida —160 de 5 de junio de 1941— sino la del mismo número de 5 de julio del mismo año.

En estas condiciones, agrega el recurrente, no siéndole dable al Tribunal Superior de San Gil estimar el mérito probatorio del mencionado instrumento del que consta la venta que María Antonia Prada Blanco le hiciera, en su propio nombre y en representación de su hermana Rosana, de acuerdo con el poder que le confiriera por medio de la escritura pública Nº 79 de 1º de mayo de 1941 de la Notaría de

Onzaga, al señor Trino Villar Rueda, de los bienes allí relacionados, es cosa de evidencia procesal que el Tribunal cometió errores de hecho y de derecho en la confrontación de títulos y en la apreciación de las pruebas de la parte demandada, especialmente el hecho de la posesión, anterior a la fecha de la escritura 139 de 19 de junio de 1943 de la Notaría de Villeta".

Se considera:

a) La facultad instituída en el art. 600 del C. J., para que el juzgador de segunda instancia, pueda dictar autos para mejor proveer, con el fin allí determinado, es una facultad discrecional que se le otorga para que la ejercite de oficio, en interés de la justicia; en manera alguna al servicio de las partes.

La Corte, teniendo como mira principal, aquella regla general de la doctrina, ha fijado el alcance de la contenida en el precepto del art. 600 del C. J., asentando las conclusiones: de que excepcionalmente puede el juez, en materia de pruebas y en el campo civil, intervenir activa y oficiosamente dentro de nuestro sistema legal; que el mencionado art. constituye precisamente uno de los casos de excepción al principio de la libertad o iniciativa atribuída a las partes; que se trata de una facultad cuyo ejercicio, lo subordina la ley, al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno de situaciones trascendentales del litigio.

"No importa que para las partes, desde sus respectivas posiciones en el litigio, los puntos comprendidos en el auto para mejor proveer se consideren claros y ciertos; si en concepto del juez hay oscuridad o duda, y ningún reparo cabe hacerle por este aspecto a la iniciativa judicial. Claro que mientras se mueva y desarrolle dentro de los límites y fines de la ley, esto es, como medio para purgar de confusionismo y oscuridad las pruebas y no como oportunidad procesal de crear nuevos elementos de convicción suplantando el interés e iniciativa de las partes".

"La facultad de dictar autos para mejor proveer es potestativa del fallador de segunda instancia, y de ella hace uso no a solicitud de parte sino cuando su criterio de apreciación se lo indica, pero con el fin expresado en el art. 600 del C. J. Un auto para mejor proveer no es una creación de prueba, sino un medio de aclarar puntos oscuros o dudosos. Esta norma tiene dos caracteres, potestativa y adjetiva, y teniendo esta última especie no puede influír en casación" (G. J. Tomos XLVI-XLIII, págs. 282 y 648 respectivamente).

En la presente actuación, el Tribunal de San Gil usó de la facultad que le atribuye el art. 600 del C. J., moviéndose dentro del radio de acción que le señala la misma ley. Así, en el proveído que le sirvió de base, consideró que no había la suficiente claridad en las pruebas aportadas en torno a un punto de importancia en la decisión del litigio, como era el de aclarar: "si en realidad se trata de una verdadera estipulación por otro, como lo afirma el inferior, o de un mandato, o de que no existen estas dos entidades jurídicas"; y dada la confusión en las pruebas principales: escrituras 139 y 140, de 19 de junio de 1943, en cuanto a la calidad con que obraba la otorgante María Antonia Prada Blanco, y como en la primera de las cuales, remitíase a la 160 de 1941, obró en el sentido de allegar este instrumento y lo estimó de acuerdo con la autorización del art. 597 —numeral 4º— del C. J. Esto es, que entró a formar parte del proceso, por haberse decretado sin petición de parte y con facultad del juzgador para hacerlo.

b) Finalmente, el reparo por el aspecto de que, lo que se decretó fue traer a los autos copia debidamente registrada de la escritura 160 de 5 de junio de 1941, de la Notaría de Villeta, y no la de 5 de julio del mismo año y de la misma Notaría, cabe observar que dados el carácter de discrecional y el de ejercitarse la facultad del art. 60 del C. J., de oficio, en interés de la justicia y en manera alguna al servicio de las partes, bien pudo el Tribunal hacer la estimación de la escritura remitida por el Notario, sin consideración al interés que pudiera tener alguna de las partes, por cuanto, el auto para mejor proveer fué dictado con el fin de allegar la copia del instrumento al que remitíase el 139, como se desprende de los considerandos de esa providencia.

Así las cosas, aún abriéndole la puerta al reparo, por el aspecto últimamente estudiado, él no tendría la eficacia suficiente para desquiciar la decisión, ya que ésta tiene sus fundamentos esenciales en la apreciación de las pruebas principales; la atacada sólo se tiene en cuenta como aclaratoria de una situación contenida en aquéllas, y bastaría la simple confrontación de los títulos escriturarios que ellas constituyen, para llegar al mismo resultado del sentenciador de instancia.

2º—Se hace consistir este cargo, en que en lo atinente a la mitad de la casa objeto del litigio, el juzgador de instancia afirma que, el título del demandado se deriva de la escritura 139 de 19 de junio

de 1943, como que en la 140 de la misma fecha, la vendedora declara que hubo el inmueble que vende a Martínez Martínez, por compra a Trino Villar Rueda por medio de aquella escritura, y de donde se deduce la precedencia de una escritura sobre la otra, sin tener en cuenta que la simple referencia de un título no es prueba de la existencia del título mismo. Olvidándose, que en presencia de títulos del demandante y del demandado, se hace necesario atender a la posesión de éste, ante la cual los de aquél deben comprender un período mayor que el de esa posesión.

Que, si los dos títulos tienen igual fecha, para que pueda prosperar la reivindicación se impone que, el del demandante sea anterior a la posesión que invoca el demandado, esto es, anterior a la fecha del título de éste, en un período mayor, como lo ha venido sosteniendo la doctrina y la jurisprudencia.

Que, en el supuesto de que el Tribunal pudiera estimar el valor probatorio de la escritura 160 de 5 de julio de 1941, de la Notaría de Villeta, "cometió graves y ostensibles errores de hecho y de derecho, con manifiesta violación de los arts. 946, 950, 2142, 2146, 2149, 2150, 2156, 2157, 2160, 2186, 2187 y 2189, 1618, 1620, 1621, 1622 y 1623 del C. C., al no apreciar el valor probatorio del instrumento público n. 79 de 1º de mayo de 1941 de la Notaría Onzaga, por medio del cual la señorita Rosana Prada Blanco confirió poder especial a su hermana la señorita María Antonia Prada Blanco para enajenar algunos bienes de su propiedad, entre ellos la mitad de la casa materia del presente litigio, en consonancia con la escritura pública Nº 140 de 19 de junio de 1943, de la Notaría de Villeta, título que se apreció erróneamente".

Que la señorita María Antonia Prada Blanco, obró al otorgar la escritura 140 de 19 de junio de 1943, como mandataria de su hermana Rosana, en uso del poder especial que le había conferido para vender algunos bienes de su propiedad, pensar lo contrario dice el recurrente, "es ponerse en rebeldía contra la realidad evidenciada en el proceso".

"Al extender la escritura Nº 140 María Antonia Prada Blanco no hizo otra cosa que ajustarse a los términos del mandato que le había conferido su hermana Rosana, por medio de la escritura pública Nº 79 de 1º de mayo de 1941 de la Notaría de Onzaga, cumpliendo así fielmente la voluntad de su representada, cuya responsabilidad civil vinculó para el cumplimiento de las prestaciones contraídas a su nombre".

Se considera:

a) Es evidente, que la doctrina y la jurisprudencia, consideran a la posesión material como un hecho generador de derechos a favor del poseedor; y entre ellos, estiman como fundamental, el consagrado en el art. 762 del C. C., que instituye la presunción de reputarlo dueño mientras otra persona no demuestre serlo. Presunción que lo coloca en una situación procesal favorable, en cuanto que en los juicios en que se discuta la cosa poseída actúa como demandado, y es el demandante quien lleva la carga de la prueba para demostrar su mejor derecho. Y en caso de concurrencia de elementos probatorios de igual convicción, el poseedor debe ser absuelto en aplicación del principio: "in pari causa, melior est conditio possidentis".

La Corte también ha sostenido, que este principio no se quiebra cuando a la posesión material de un inmueble se enfrenta un título escriturario de origen posterior a esa posesión, y siempre que emane de fuentes distintas de donde deriva el demandante sus derechos. Porque, en tal caso, el título invocado no ha podido transmitir un derecho de propiedad de que carece el otorgante vendedor, derecho, que desde antes del título radicaba en cabeza del poseedor por virtud de la presunción legal de dueño.

Pero, aquel principio sí sufre quiebra, cuando, como en el presente caso, la posesión material invocada por el demandado, no es, en realidad, anterior al título presentado por el demandante, ya que aquél explica y legitima su posesión como derivada del dominio en común que les reconoce a las señoritas Prada Blanco, sobre la casa, y que sólo una de ellas, fué su tradente según el mismo demandado. En esta situación, no es posible que el demandado Martínez Martínez, pretenda legitimar su posesión, sobre todo el inmueble, por la tradición que le hiciera la señorita María Antonia, y al mismo tiempo ataque el derecho del demandante, que tiene el mismo origen o fuente del de su tradente, y único que dió base la posesión de la casa reivindicada en un derecho equivalente a su mitad.

Por este aspecto, carece el cargo de fundamento.

b) El otro aspecto del cargo, adolece de inconsecuencia semejante, a la anotada en el reparo anterior. El instrumento 160 de 5 de julio de 1941, fué traído a los autos, como resultado del auto para mejor proveer, y su apreciación ha sido motivo de ataques a través de uno de los cargos que se han dejado estudiados. Además, deduce de él el Tribunal que, en los actos ejecutados por la señorita María Antonia Prada Blanco y de los cuales se dejó

constancia en la escritura mencionada y en la número 139 de 19 de junio de 1943, no había una estipulación para otro, como lo había considerado el inferior, sino un mandato con representación, dada la circunstancia de aparecer incorporado en aquel instrumento, el poder especial conferido por Rosana Prada Blanco a su hermana María Antonia, para vender algunos bienes de su propiedad, entre ellos, la mitad de la casa que reivindica, protocolizado bajo la escritura 79 de 1º de mayo de 1941. Punto éste, considerado por el sentenciador, como no suficientemente claro en las pruebas y que sirvió de fundamento al auto para mejor proveer.

Tampoco dejó de apreciar el Tribunal, el instrumento 79, ni apreció erróneamente el 140 de 1943; antes bien, del primer elemento dedujo que la señorita María Antonia Prada Blanco, había hecho uso de la autorización contenida en él, al otorgar la escritura 160 y al adquirir, nuevamente, los bienes vendidos por medio de ésta, con pacto de retroventa, al señor Trino Villar Rueda, tal como se desprende de la escritura 139 de 1943.

Ahora bien, siguen todos los instrumentos que precedieron al 140 de 19 de junio de 1943, la otorgante María Antonia Prada Blanco deja la expresa constancia de proceder en nombre propio y en representación de su hermana Rosa Ana o Rosana Prada Blanco, y al efectuar la venta que consta en la escritura 140 de 19 de junio de 1943, no hace la misma manifestación, sino que se presenta como dueña única del inmueble vendido, no se vé el error manifiesto en la apreciación del sentenciador, al estimar que en ese acto estaba procediendo la otorgante vendedora en su sólo nombre, y que en él había venta de cosa ajena, en cuanto a la mitad o derecho perteneciente a su hermana, sobre la casa objeto del contrato de compraventa celebrado entre ella y Lucas Martínez Martínez.

Que el Tribunal considerara, ratificando la hipótesis del inferior, que el comprador Martínez Martínez es poseedor de buena fe, es cuestión que no influye para nada en la de hecho ni en la de derecho planteadas. Porque, entre otras cosas, presumiéndose la buena fe y no habiéndose demostrado lo contrario en la actuación de aquél, era improcedente su condena en el sentido en que lo fué por el fallador de primer grado.

En consecuencia, no tienen fundamento legal los cargos alegados bajo el patrocinio de la causal primera, y se rechazan.

Causal segunda

"Por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

En la demanda de casación, se señala como falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, el hecho de que el demandado denunció el pleito a la señorita María Antonia Prada Blanco, al contestar la demanda y en uso del derecho que consagran los arts. 1899 del C. C. y 235 del C. J. para que compareciera a defender la venta del inmueble que consta en la escritura 140 de 19 de junio de 1943, otorgada en la Notaría de Villeta; y, la denunciada fué notificada de la admisión de la denuncia del pleito y se apersonó en el proceso en virtud del traslado de la demanda que con ella se surtió el 24 de octubre de 1946.

"Pero es el caso que ni el señor juez de la primera instancia, ni tampoco el Tribunal tocaron este punto en la sentencia, a pesar de que formaba parte del debate e interesaba de manera capital a la parte que represento, como también a la vendedora a la que se había denunciado el pleito en la debida oportunidad, para que la demanda y la denuncia del pleito se siguieran por la misma cuerda y se terminaran por una misma sentencia (art. 411 del C. J.)".

Que "es evidente que no habiendo tocado la sentencia recurrida el punto de la litis denunciación, ella no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el señor apoderado de Lucas Martínez Martínez".

Se considera:

Es reiterada la jurisprudencia de la Corte en el sentido de que: "la admisión de la denuncia de un pleito al vendedor de una cosa, y el seguimiento del juicio con el vendedor mismo, no significa para éste la necesidad de sanear la evicción al comprador; que es en juicio posterior al promovido por éste, o contra éste, cuando se debe discutir la obligación de saneamiento; y que, justificada la denuncia y aceptado como parte el vendedor, a él se le oye para la defensa de la cosa vendida; pero el fallo tiene que recaer necesariamente sobre el demandado poseedor de la cosa que se reivindica".

Explica la misma Corte los fundamentos de aquellas doctrinas, diciendo que: "la obligación de sanear, es decir, de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, comprende en su desarrollo dos períodos bien distintos: el primero, consiste en la obligación de acudir en defensa del comprador en el juicio que se le ha ini-

ciado asumiendo directamente la actuación, desde el momento en que el comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta le hace la citación legal, denunciándole el pleito, para que comparezca a defenderlo; y el segundo, que comienza desde que la evicción se ha producido, esto es, desde que el comprador ha sido privado total o parcialmente de la cosa vendida por virtud de la sentencia, consiste en la obligación de indemnizarle de los daños y perjuicios causados por la evicción, en la medida y términos que detalladamente establece la ley contra el vendedor que no ha cumplido con su obligación de amparar eficazmente al comprador. La privación total o parcial que sufra el comprador, por causa anterior al contrato y en virtud de sentencia judicial, es lo que jurídicamente caracteriza la evicción, según el art. 1894 del C. C., que la define obligatoriamente. Sólo cuando el comprador se ve lesionado en su posesión tranquila y pacífica puede entablar la acción de saneamiento. Si no ha ocurrido privación en cumplimiento de sentencia judicial, no hay evicción. Sólo la evicción consumada genera legalmente la obligación indemnizatoria (Sentencia 24 de marzo de 1947, Tomo LXII, pág. 84).

Los textos de estas doctrinas, explican por sí solos, lo innocuo del cargo, su ninguna eficacia jurídica para infirmar la sentencia recurrida.

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 San Gil, en este litigio, con fecha 7 de julio de 1950.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la GACETA JUDICIAL. Publíquese, y en la debida oportunidad, devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Pablo Emilio Manotas.—Luis Enrique Cuervo.—Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—LA INCONGRUENCIA PUEDE ENCONTRARSE SOLO EN LA PARTE RESOLUTIVA DE LOS FALLOS. — LAS OBLIGACIONES A CARGO DE POSEEDOR DE BUENA FE VENCIDO EN ACCION REIVINDICATORIA Y LOS DERECHOS DEL MISMO, PUEDEN SER RECONOCIDOS OFICIOSAMENTE EN LA SENTENCIA

1.—Es en la parte resolutiva de los fallos, donde puede encontrarse la incongruencia entre lo pedido y lo resuelto. Las consideraciones que sirven al sentenciador como motivo determinante de sus decisiones, no dan asidero a la causal segunda de casación.

Así, la omisión invocada por el recurrente, en que dice incurrió el Tribunal, y consistente en dejar de estimar como demostrados hechos que sí están probados en el juicio, o en haber estimado como probado algo distinto de lo que la prueba justifica, es motivo constitutivo de error de hecho en la apreciación de la prueba. Entonces, lo que procede es la acusación de la sentencia por la causal primera, inciso 2º del artículo 520 del C. J.

2.—Las obligaciones que nacen a cargo del poseedor de buena fe, a virtud del éxito de la acción reivindicatoria, pueden ser reconocidas oficiosamente por el juzgador, y más cuando han sido objeto de peticiones en la demanda; y lo mismo puede afirmarse del derecho del poseedor de buena fe, tutelado por los arts. 965 y 966 del C. C., en cuanto hace con las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda; y el de retención de la misma cosa, hasta que el pago se verifique, o se le asegure a su satisfacción, consagrado a favor del poseedor vencido, por el art. 970 del mismo estatuto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas)

Antecedentes:

La señora *Evangelina López de Bohórquez*, demandó ante el Juzgado del Circuito de Cartago, en acción ordinaria de reivindicación al señor *Joaquín Mejía M.*, para que se declarara: que es dueña del lote de terreno correspondiente al antiguo predio denominado *"Potrero Viejo"*, que tiene como límite por el Norte, la línea divisoria del conocido con el nombre de *"El Avallado"*, de propiedad de Mejía M., y que se halla singularizado en el libelo; y se condene al demandado a restituír el inmueble objeto del litigio, junto con los frutos civiles y naturales, "durante el tiempo de su posesión, o cuando menos desde la contestación de la demanda, teniendo en cuenta que no solamente serán ellos los que la cosa hubiere producido, sino todos los que hubiere percibido —el demandante— estando el inmueble en su poder y con mediana inteligencia y actividad"; y al pago de las costas del juicio.

La actora para fundamentar su demanda alega: ser dueña del lote de terreno, por haberlo adquirido fraccionado en dos porciones, según las escrituras 727 de 30 de octubre de 1941 y 87 de 29 de enero de 1942, ambas de la Notaría de Cartago; que la posesión del demandado tiene origen el hecho de que el lote de terreno que adquirió colinda con el predio de éste, denominado de "El Avallado", según deslinde y amojonamiento practicados judicialmente entre los dos predios en el mes de septiembre de 1912; que no obstante ese deslinde, Mejía M., venía reteniéndole el lote objeto de la demanda, el cual estaba incorporado al predio de "Pedro Sánchez", desmembrado de él, por la división, y desde entonces estaba cultivado con pastos artificiales.

Surtido el traslado de la demanda, la contestó el demandado, por medio de apoderado, sin oponerse a las pretensiones principales de la actora, reconociendo el dominio de éste sobre el lote y manifestando estar dispuesto a entregarlo, una vez que le paguen las mejoras plantadas allí, consistentes en la

siembra de pastos "pará" y pide además, se le reconozca el derecho de retención".

Concretada en estos términos la litis contestación, desarrollóse hasta finalizar la primera instancia con la sentencia de 28 de octubre de 1948, en la que se decidió acceder a las peticiones de la demanda, y considerar al demandado como poseedor de mala fe.

Sentencia acusada

La apelación del demandado dió lugar a la segunda instancia del juicio, a la que el Tribunal Superior de Buga le puso fin con el fallo de 6 de abril de 1949, reformatorio del de primer grado, así:

"*Confirma* la sentencia apelada en sus ordinales 1º y 2º, en cuanto se condena al señor Joaquín Mejía M., y restitución de lote de terreno objeto de la demanda, y REVOCA el ordinal 3º, para absolver al demandado de la condena de frutos en cambio reconocerle derecho de retención por las mejoras de pasto 'pará' plantadas, hasta la notificación de la demanda, y las cuales serán en conformidad al art. 553 del C. J.".

Dos son los fundamentos principales que sustentan el fallo del Tribunal: 1º) al presentarse por la actora los títulos por medio de los cuales adquirió el dominio del inmueble que reivindica, y al renunciar el demandado en la contestación de la demanda a toda controversia sobre éste, aquélla quedó exonerada de acreditar los otros elementos que integran la acción de dominio, la posesión del demandado y la identificación de la cosa que éste posee, y "la aceptación del derecho reclamado por la demandante constituye al mismo tiempo, un límite que agotó la controversia y la intervención del Juez en la calificación misma de los hechos".

2º) Que, "puesto que es la misma manifestación o asentimiento del demandado lo que sirve de base para el pronunciamiento de un fallo condenatorio, la sentencia debía consecuencialmente amoldarse a la calificación que el mismo demandano ha hecho de su situación frente a la demandante. En el juicio no existe ningún elemento que permita atribuír al demandado un ánimo de mala fe en la posesión que venía ejerciendo respecto del lote de terreno que reclama la actora. Y como dicho demandado niega que el referido lote de terreno que ocupa corresponda a la antigua parcela del predio de "Pedro Sánchez", que cultivada con pastos se denominó "Potrero Viejo", y se afirma haber plantado mejoras en dicho lote de terreno ocupado cuando se hallaba sin cultivo y que posee bajo la presunción de buena fe que le es aplicable, esa manifestación o asentimiento suyo, que es la que sirve de fundamento para la sentencia condenatoria en cuanto implica una confesión, debe admitirse indivisiblemente, para reconocer también que la situación del demandado es la de un poseedor de buena fe que, a partir de la notificación de la demanda, ejercita un simple derecho de retención por mejoras útiles incorporadas en un suelo que ocupó desnudo de todo cultivo o explotación económica".

El recurso

Al demandante se le concedió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Buga, y admitido por la Sala y debidamente sustanciado, procede a decidirlo.

Con apoyo en las causales primera y segunda del art. 520 del C. J., se impugna la sentencia: a) "Como violatoria de la ley sustantiva, por infracción causada por error de hecho, a través de lo cual incurrió en error de derecho que condujo al sentenciador a dejar de aplicar ordenamientos sustantivos; y b) Incongruencia entre las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y demostradas, por cuyo aspecto es casable también la sentencia acusada".

Para orden, en el estudio del recurso, procédese en primer término, a considerar el cargo formulado con apoyo en la causal segunda de casación.

Causal segunda

En lo que atañe a frutos, afirma el recurrente: "el sentenciador estaba en el deber de decidir de acuerdo con los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, que aparecían demostrados, según el precepto del art. 593 del C. J. y de esta suerte lo decidió el ilustrado fallador de primera instancia. No así el Tribunal Superior de Buga, que revocó el numeral 3º de la sentencia apelada, y sin tener presente las pretensiones de las las partes oportunamente deducidas, y los hechos demostrados: y haciéndose caso omiso de hechos, que sí fueron probados, produjo la sentencia que acuso, la que no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Se considera:

La sola lectura del resumen del cargo, indica su improcedencia, como motivo de la causal segunda. La cuestión relativa a la restitución de los frutos y la

concerniente al pago de las mejoras, fueron planteadas en la demanda y en su contestación, y fué con estas bases procesales, como los juzgadores de instancia, decidieron en sus respectivas sentencias, tales problemas. Es en la parte resolutiva de los fallos donde puede encontrarse la incongruencia entre lo pedido y lo resuelto. Las consideraciones que sirven al sentenciador como motivos determinantes de sus decisiones, no dan asidero a la causal segunda de casación.

Así, la omisión invocada por el recurrente, en que dice incurrió el Tribunal, y consistente en dejar de estimar como demostrados hechos, que sí están probados en el juicio, o en haber estimado como probado, algo distinto de lo que la prueba justifica, es motivo constitutivo de error de hecho en la apreciación de la prueba. Entonces, lo que procede es la acusación de la sentencia, por la causal primera —inciso 2º— del art. 520 del C. J., tal como se plantea en uno de los reparos dentro de esa causal, y que será objeto de estudio en su oportunidad.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

Causal primera

Del extenso capítulo de la demanda de casación, en el cual se sustenta el ataque a la sentencia recurrida, con apoyo en esta causal, pueden deducirse, en concreto, estos cargos:

1º Es impugnado el fallo por falta de apreciación de la prueba testimonial —declaraciones de Adán Gordillo, Rafaél Rebellón y Elías Echeverri— en cuanto que con ella, se demuestra el hecho de que el lote de terreno materia de la reivindicación, "es el conocido con el nombre de "El Viejo", y que estaba cultivado con el pasto artificial denominado "pará", "desde hace muchos años" según el primero de los testigos; "hace unos treinta años", dice el segundo; y "hace quince años" el tercero".

Porque: "La falta de estimación de este hecho, por el sentenciador, que aparece manifiesto en los autos y la falta de apreciación de la prueba aducida sobre la existencia de hecho tan destacado, que demuestra cómo la siembra de pastos de 'pará' fué anterior a la posesión del demandado, implica errores de hecho y de derecho manifiestos en los autos. El error de hecho, consistente en la falta de apreciación de la individualizada prueba testimonial, condujo al sentenciador a desestimar la prueba que surge de los tres testimonios aducidos, en presencia del precepto contenido en el art. 697 del C. de P. C., que ordena estimar como plena prueba el dicho jurado de dos o más testigos que deponen de acuerdo en las circunstancias de tiempo, modo y lugar. El referido error de hecho, originó el error de derecho que consistió en desestimar la dicha prueba, y a través de estos errores, el sentenciador dejó de aplicar los preceptos sustantivos que se contienen en los arts. 63, 714, 716, 768, 946, 950, 961, 962, y especialmente el 964 del C. C., en relación con el 969 ibidem, siendo aplicables al caso del pleito".

2º Porque, las mejoras que el demandado dijo haber puesto en el predio materia de la reivindicación, generadoras de frutos por pastadas, estaban allí erigidas desde hace treinta años atrás, y por consiguiente, la conclusión a restituír lo principal predicaba la consiguiente condenación a restituír los frutos materiales y civiles del inmueble en los términos claros del art. 964 del C. C., en armonía con los ya citados del mismo Código, todos los cuales fueron infringidos porque dejaron de aplicarse, siendo aplicables, conforme al derecho invocado por el actor y a las pruebas allegadas de que se ha hecho mérito".

3º Violación de los arts. 607 del C. de P. C., en relación con los arts. 605 y 606 ibidem, por error de derecho en la apreciación de la prueba que emana de la confesión judicial, a causa de la cual, el sentenciador, dejó de aplicar las disposiciones del C. C., citadas anteriormente, especialmente su art. 964, y por no aplicarlas, no condenó al demandado a la restitución de frutos, que procedía por el doble motivo de equidad y justicia. Porque: si los frutos fueron productos del terreno de la demandante y de los cultivos de "pará", que allí existían antes de la posesión del demandado, es obvio que ellos pertenecieron siempre a aquél, y el opositor tiene la obligación de restituírlos al dueño; y en el caso de que tales frutos fueran producidos por el terreno merced a cultivos del poseedor, también está obligado a restituírlos como poseedor de mala fe, según su propia confesión. Mala fe que se comprueba, sea porque el opositor confesó que el inmueble no era suyo y lo detentaba sin título legítimo; sea porque se acepte que lo poseyó por error de derecho sobre la línea limítrofe".

Se considera:

A dos cuestiones quedó reducido el debate desde la contestación de la demanda: a) al pago, por el demandante, de las mejoras plantadas por el demandado, en el lote objeto de la reivindicación, y al consiguiente derecho de retención de éste, hasta que aquél se verifique; y b) a la relativa restitución

de los frutos civiles y naturales, como consecuencia de la del inmueble reclamado.

Así las cosas, descartada del debate la discusión sobre la posesión del demandado, por habérsela reconocido así los juzgadores de instancia, y aceptada por las partes, el problema a esclarecer, no es otro, que la determinación de la calidad de la posesión de aquél, sobre el inmueble cuya restitución se le reclama. Esto es, averiguar si se trata de un poseedor de mala o buena fe.

El demandante en principio, implícitamente, acepta la posesión de buena fe de su demandado, ya que en la demanda sobre restitución de frutos expresa que ésta se efectúe: "cuando menos, desde la contestación de la demanda, teniendo en cuenta que no solamente serán ellos los que la cosa hubiere producido, sino todos los que hubiere percibido —el demandante— estando el inmueble en su poder y con mediana inteligencia y actividad". El demandado, por su parte, en la contestación de la demanda acepta: que, "sí ha poseído el lote de terreno como suyo y ha considerado que está de la línea de separación hacia su propiedad" y conviene en que: "se reconozca como de propiedad de la actora el lote que le reclama y que está dispuesto a su entrega en el momento en que se le paguen las mejoras de pastos "pará" que tiene en el terreno" y pide el reconocimiento del "derecho de retención". "Me opongo —agrega— a pagar frutos anteriores a la contestación de la demanda, y también posteriores, porque la retención posterior es únicamente hasta que se paguen las mejoras, pues de lo contrario entregaría inmediatamente".

No estuvo errado el sentenciador al considerar al demandado como poseedor de buena fe, de acuerdo con lo manifestado por las partes, y con la presunción que en tal sentido tiene establecida la ley. Por otro lado, la posesión exenta de vicios, como la ejercía, lo sitúa dentro de los incisos 2º y 3º del art. 764 del C. C., en los cuales se expresa: que posesión regular es la que procede de justo título y buena fe, aunque ésta no subsista después de adquirida la posesión, y que por consiguiente, se puede ser poseedor regular de mala fe, como viceversa, el poseedor de buena fe puede ser poseedor irregular.

Esta última posición, la de poseedor irregular de buena fe, es la real, o que corresponde a la del demandado en este juicio, conforme a lo dispuesto por el art. 770 del C. C. Porque: su posesión no procedía de justo título, no adquirida por ninguno de los que señala el art. 765 ibidem, y como ya se dijo antes, basta que la buena fe haya existido al tiempo de la adquisición de la posesión, aunque no subsista después de adquirida.

Tampoco estuvo errado el sentenciador en la apreciación de la prueba testimonial y en la de la confesión del demandado, contenida en la contestación de la demanda, si los testigos afirman, acordemente, que los cultivos de pasto "pará" existían desde mucho antes de la posesión del lote por el demandado Mejía M., no es menos exacto que en la misma forma aseveran: "ser cierto que en el predio a que se viene haciendo alusión, desde entonces existía en él, el potrero que se ha conocido con el nombre de "El Viejo", el cual dá a la carrilera del Ferrocarril y que, *encerrando un monte,* (subraya la Sala) linda y lindaba desde entonces con el zanjón de "Montenegro", lindero éste con el predio de "El Avallado". Esto es, que el globo general, estaba y está cultivado de pastos "pará", pero el lote que alinda con el predio de "El Avallado", de propiedad de Mejía M., se hallaba enmontado, lo que coincide con la confesión de éste; circunstancia que refuerza la apreciación que de esta prueba hace el sentenciador, que por otra parte no es susceptible de modificación, porque: "la ley ha dejado a los jueces la facultad de analizar la prueba de confesión y deducir y calificar si el hecho confesado y añadido como explicación del principal es o no separable de éste".

Pero, el art. 964 —inciso 3º— del C. C., dispone que, el poseedor de buena fe vencido en el juicio reivindicatorio no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; pero sí debe restituír, los percibidos después de esa fecha, y no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder; ahora bien, las obligaciones que nacen a cargo del poseedor de buena fe, a virtud del éxito de la acción reivindicatoria, pueden ser reconocidas oficiosamente por el juzgador, y más cuando han sido objeto de peticiones en la demanda; y lo mismo puede afirmarse del derecho del poseedor de buena fe, tutelado por los arts. 965 y 966 del C. C., en cuanto hace con las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda; y el de retención de la misma cosa, hasta que el pago se verifique, o se le asegure a su satisfacción, consagrado a favor del poseedor vencido, por el art. 970 del mismo estatuto.

Y como en el caso de autos, el Tribunal no tuvo en cuenta el derecho que nace para el dueño del inmueble reivindicado, de obtener la restitución de frutos civiles en los términos del art. 964 del C. C.,

ni la obligación correlativa en que está el poseedor vencido de hacerlo, y aplicó esta disposición reconociéndole sólo el derecho del poseedor al pago de las mejoras, absteniéndose de hacerlo con el del demandante, a la restitución de los frutos por parte de aquél, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, violó el inciso 3º del art. 964 citado, por no haberlo aplicado, siendo aplicable al caso del pleito, por lo que hay que casar parcialmente la sentencia recurrida, para subsanar la omisión anotada.

En mérito de todo 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 originaria del Tribunal Superior de Buga, de 6 de abril de 1949, reforma la de primera instancia, la que quedará así:

1º Declárase que la señora Evangelina López de Bohórquez, vecina de Cartago, es dueña del inmueble descrito en el punto e) de su demanda.

2º Como consecuencia de la declaración anterior, condénase al demandado Joaquín Mejía M., a restituír a la demandante, el inmueble a que se refiere el numeral anterior; y los frutos civiles y naturales percibidos y los que hubiere podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, a partir de la fecha de la contestación de la demanda, hasta que la restitución del inmueble se verifique, y los que serán regulados por el procedimiento del art. 553 del Código Judicial.

3º Condénase a la señora Evangelina López de Bohórquez, a pagar al señor Joaquín Mejía M., el valor de las mejoras útiles plantadas por éste en el inmueble objeto de este litigio, hasta la fecha de la notificación de la demanda, y el cual será fijado por el procedimiento del art. 553 del Código Judicial.

4º Reconócese al señor Joaquín Mejía M., el derecho de retener el inmueble antes descrito, hasta cuando se verifique el pago de las mejoras a que se refiere el numeral anterior, o se le asegure a su satisfacción. Sin costas.

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

Pablo Emilio Manotas.—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas

Emilio Prieto H., Oficial mayor en ppdad.

SOLO LA VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA PUEDE HACER PROSPERAR EL RECURSO DE CASACION

1.—En el recurso de casación, como tantas veces lo ha dicho la Corte, no se juzga el pleito, para establecer la manera acertada o errónea como se han cumplido las fórmulas procesales a que el juicio debe someterse, sino la sentencia, a fin de calificar los términos como en ella se aplicó la ley sustantiva reguladora de los derechos en controversia. Por ello, "la violación de las leyes relativas al procedimiento y ritualidad de los juicios, no pueden invocarse para obtener la nulidad de un fallo por medio de este recurso. Concedido éste con el fin principal de unificar la jurisprudencia y otorgar a los particulares un remedio extraordinario o para mayor seguridad de los derechos, como lo expresó la ley que lo estableció, las disposiciones infringidas deben ser aquellas que conceden, niegan o declaran derechos, esto es, las leyes sustantivas". La sentencia que se ataca en casación es lo que forma el objeto de ese recurso, a diferencia de lo que sucede en las instancias del juicio, en donde la materia del litigio la constituye la cosa o hecho que se demanda; por ello, el recurso de casación no puede considerarse como una prolongación del juicio en que el fallo de instancia se pronunció, por cuanto el objeto en cada uno de los dos es completamente distinto.

2.—El recurrente en casación debe indicar el concepto por el cual se ha podido llegar a la violación de la ley que considera infringida por la sentencia contra la cual interpone el recurso, es decir, si lo fue por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña)

Con fecha 8 de febrero de 1949 promovió, por conducto de apoderado, la señora Isabel Arias de Cruz ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali demanda civil ordinaria contra Alfredo García Marín, para que con citación y audiencia suya fueran hechas las siguientes declaraciones:

"**Primera.**—Que mi mandante Isabel Arias de Cruz, es dueña exclusiva de la finca rural de La Paloma o Aguabonita, o La Argentina, nombre que le dió últimamente mi mandante, situada en la cordillera central, región de la Moralia, jurisdicción del Municipio de Tuluá, y de todas sus mejoras compuestas de dos casas: una de habitación para la familia con techo cubierto de teja de astilla, sobre paredes de embutido, y otra pequeña de habitación para trabajadores con techo de platanilla; plantaciones de café, sementeras de plátano, de yuca, caña, pasto común y de micay, rastrojeras y montas, en una extensión de treinta y cinco hectáreas, dos mil ochocientos metros cuadrados, o sean unas cuarenta plazas aproximadamente, y por los siguientes linderos especiales: "Oriente, finca de propiedad que fué de María Francisca Bolívar de Hidalgo, después de Pablo Mejía y hoy con el que sea su actual poseedor; occidente, con propiedad del señor Ismael Ospina; norte, el camino denominado de "La Cuchilla de Las Flores"; y sur, las quebradas denominadas "El Naranjal" y 'La Esmeralda" y propiedad también del señor Ismael Ospina".

"**Segunda.**—Que como consecuencia de la declaración anterior, usted ordene la restitución o entrega de esa finca con todas sus mejoras mencionadas, a mi poderdante y por los linderos expresados, dentro de los seis días después de la ejecutoria de la sentencia;

"**Tercera.**—Que se tenga al demandado como poseedor de mala fe, ya que su posesión la deriva de ocupantes de la finca referida con fuerza y violencia y contra la voluntad de mi mandante;

"**Cuarta**—Que se condene al demandado Alfredo

García, como poseedor de mala fe, a pagarle a mi mandante, todos los frutos naturales y civiles de la finca mencionada que hubiere percibido, y no solamente los percibidos, sino todos los que hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad, estando la cosa en poder de mi poderdante.

"**Quinta.**—Que se condene también al demandado al pago de las costas del juicio, si se opusiere a esta demanda, por considerarse su oposición temeraria".

El demandado contestó la demanda oponiéndose a las declaraciones solicitadas, y alegó a su vez las siguientes excepciones:

a) La que se deriva del hecho de ser la finca de mi cliente de 35 hectáreas, o sea, un bien perfectamente distinto al que se trata de reivindicar, que según los títulos originarios es de sólo cuatro fanegadas, lo que quiere decir que hay a la vista una inepta demanda;

b) La que resulta de habérsele adjudicado a los vendedores de mi representado, por la Nación, como terreno baldío, el fundo sobre el cual gravita la finca en mención, con inscripción titular de hace más de un año, lo que acredita la excepción de carencia de título para la reivindicación, o carencia de acción;

c) La que proviene de la circunstancia de haber prescrito la acción de dominio propuesta, por cuanto a mi patrocinado lo favorece la posesión anterior, unida a la suya, de cinco años continuos, ejercitada por medio de actos de verdadera explotación económica (artículo 6º de la ley 97 de 1946), lo que es causa de que se haya cumplido una verdadera presunción de derecho en favor del demandado, y

d) Toda otra que resulte acreditada de autos en el curso del debate".

Surtida la correspondiente instancia, el juzgado del conocimiento la decidió en sentencia de diez y siete de marzo de 1950, así:

"Decláranse probadas las excepciones perentorias de inepta demanda y de carencia de acción, no así la de prescripción propuesta, y como consecuencia de ello, absuelve al demandado señor Alfredo García Marín de los cargos formulados en la demanda por la señora Isabel Arias de Cruz. En consecuencia, cancélese la inscripción de la demanda.

"Con costas a cargo de la parte actora".

Apelada esta providencia para ante el Tribunal Superior de Buga, decidió el recurso en fallo de seis de octubre del mismo año, en el sentido de absolver al demandado de los cargos de la demanda propuesta contra él por la señora Isabel Arias v. de Cruz, por medio de apoderado, con fecha 8 de febrero de 1949, en el Juzgado 2º Civil del Circuito de Tuluá", con base en las siguientes consideraciones, que son las fundamentales:

"La cadena de títulos traídos con la demanda, el actor demuestra lo siguiente (sic):

"a) Que está acreditado en su favor el derecho de dominio sobre el bien litigioso.

"b) Que en ejercicio del derecho de propiedad dió en arrendamiento al señor Miguel A. Arroyave la misma finca a que se refieren los títulos, la demanda y el documento de arrendamiento respectivo.

"c) Que el actual poseedor material de la finca es el demandado señor Alfredo García, a virtud de compra que hizo a Juan de Jesús Aguirre y Zoila Aguirre de Rodríguez, quienes dicen adquirieron el suelo por adjudicación del Estado y las mejoras por compra a Enrique Emilio Ledesma y Flor de María García, según consta en los autos.

"Como se desprende de lo anterior, la identificación de la finca ocupada y adquirida por el demandado Alfredo García Marín no se ha operado; pues no se sabe si la que ocupa éste es la misma que reclama la actora en la demanda y con base en los documentos traídos al debate.

"Para el logro de la acción reivindicatoria, es indispensable acreditar, en el curso del juicio, todos los elementos que configuran dicha acción, a saber:

"1º Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular;

"2º Derecho de dominio en el demandante;

"3º Posesión material en el demandado, y

"4º Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea, que lo que se reivindica por el demandante sea lo mismo que posee el demandado.

"Se han acreditado los tres primeros factores, mas no el último o sea la identificación de la cosa materia del juicio, razón por la cual, la acción reivindicatoria no podía prosperar".

"La circunstancia de haber subordinado la inspección ocular al buen tiempo, la salud y la seguridad de los Magistrados, tuvo su origen en informaciones sobre el crudo invierno que azotaba todas las regiones del país, especialmente la región de la Moralia, y mientras no fuera factible el transporte, era imposible obligar a los Magistrados a un contratiempo superior a lo normal.

"Sinembargo, la parte interesada había podido obtener la realización de esa prueba por otros medios, bien solicitando se comisionara al Inspector de Policía actuante en esos días en aquella región, o bien, si el tiempo se vencía y no se practicaba la prueba, pudo haber pedido ampliación de término o restitución de término, pero guardó silencio e inactividad.

"En cuanto a la petición de auto para mejor proveer, es inadmisible. Es bien sabido que el artículo 600 del C. Judicial autoriza esta clase de providencia por iniciativa oficiosa y no por petición de parte, y eso cuando se presenten dudas u oscuridad en los títulos, en las exposiciones periciales, en los testimonios etc., pero con ello no se debe ni se puede crear pruebas en favor de ninguna de las partes que debieron producirlas en su debida oportunidad, porque el artículo invocado lo prohibe expresamente".

El recurso de casación

Contra la decisión del Tribunal de segunda instancia recurrió para ante la Corte, el señor apoderado de la demandante, y en el escrito con que lo formalizó, acusa el fallo "por violación de los artículos 725 y 348 del C. J.; y artículo 946 y 950 del Código Civil y 22 de la Constitución Nacional o sea, por la primera causal del artículo 520 del Código Judicial, para que la Honorable Corte infirme el fallo y dicte un auto para mejor proveer, ordenando la práctica de la inspección ocular que no se practicó".

La Sala considera:

En el recurso de casación, como tantas veces lo ha dicho la Corte, no se juzga el pleito, para establecer la manera acertada o errónea como se han cumplido las fórmulas procesales a que el juicio debe someterse, sino la sentencia, a fin de calificar los términos como en ella se aplicó la ley sustantiva reguladora de los derechos en controversia. Por ello "La violación de las leyes relativas al procedimiento y ritualidad de los juicios, no pueden invocarse para obtener la nulidad de un fallo por medio de este recurso. Concedido éste con el fin principal de uniformar la jurisprudencia y otorgar a los particulares un remedio extraordinario para la mayor seguridad de los derechos, como lo expresó la ley que lo estableció, las disposiciones infringidas deben ser aquellas que conceden, niegan o declaran derechos, esto es, las leyes sustantivas". La sentencia que se ataca en casación es lo que forma el objeto de ese recurso, a diferencia de lo que sucede en las instancias del juicio, en donde la materia del litigio la constituye, la cosa o hecho que se demanda; por ello el recurso de casación no puede considerarse como una prolongación del juicio en que el fallo de instancia se pronunció por cuanto el objeto en cada uno de los dos es completamente distinto".

En el caso que aquí se contempla, se ataca el fallo del Tribunal de instancia, según antes se expresó, por estimársele violatorio de los artículos 725 y 348 del C. J., y 946 y 950 del C. C., sin expresar el concepto por el cual se ha podido llegar a esta violación o sea, si por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea.

De estas disposiciones, las dos primeras son francamente adjetivas o de procedimiento, como que se limitan: la primera a prevenir la forma y términos como debe decretarse una inspección ocular; y la segunda, a establecer la responsabilidad en que incurren los jueces por la demora culposa en la atención y despacho de los negocios. Luego la infracción en que respecto de ellas hubiera podido incidir el sentenciador, si susceptible de producir consecuencias respecto de éste, no lo es para determinar la invalidación de la sentencia.

Y en cuanto a la supuesta violación de los artículos 946 y 950 del C. C., por los que, respectivamente, se define la acción reivindicatoria, y se determina la calidad o condición jurídica de quien puede ejercitarla, no encuentra la Sala el concepto por el cual dicha infracción pudiera conformarse. Pues que siendo requisito elemental a la viabilidad de la acción reivindicatoria el que la cosa cuya restitución se demanda corresponda exactamente a aquella sobre la cual se tiene el dominio, la ausencia de prueba sobre este extremo, que es precisamente el aspecto por el cual se ataca la sentencia, no podía menos de conducir al resultado absolutorio a que llegó el Tribunal, frente a lo establecido por las mismas disposiciones que se reputan violadas.

El cargo es, por consiguiente infundado y debe rechazarse.

En mérito 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 seis (6) de octubre de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este negocio.

Las costas del recurso a cargo del recurrente.

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

Pablo Emilio Manotas.—Luis Enrique Cuervo—Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA

La calidad de poseedor puede predicarse, como es obvio, no sólo respecto de una sola persona, sino de varias; pero en este último caso, para que el litis consorcio de la acción pueda válidamente constituírse, es indispensable que la posesión se ejercite en común, vale decir, por todos y sobre todo el bien que es materia de la acción reivindicatoria; porque si los actos posesorios se ejercen separadamente y sobre porciones distintas del bien de que el actor es o se pretende dueño, la condena judicial que respecto de la totalidad se hiciera contra los distintos poseedores, conduciría al absurdo de imponer a éstos la obligación imposible de restituír una cosa que no tienen, supuesto que nunca la parte puede ser identificada con el todo, ni la singularización de ese todo puede, por consiguiente, mirarse como la de cada una de las partes que lo componen.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil b).—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Rodríguez Peña)

Por escritura pública número 427 de dos de octubre de 1917, otorgada en la Notaría de Ocaña, las señoritas Mercedes y Josefa Conde adquirieron en compra del doctor Ernesto Conde Rizo, "una posesión de campo con casas de vivir, un molino de molar trigo, situado en jurisdicción del Municipio de San Pedro y La Cruz, alinderada así: Desde la pelota redonda, buscando una cañadita seca a caer al callejón de palo seco; todo el chorro de palo seco hasta dar a la quebrada de Cerro Gordo, cogiendo la quebrada de Cerro Gordo arriba hasta dar a un callejón que sale a un paso que tiene la peña de los Lambederos", tomando toda la peña hasta donde se finaliza del lado de abajo de la posesión de Cuesta Bola; de ahí cogiendo para arriba el callejón de Cuesta Bola hasta salir a la cúspide del cerro que divisa la mesa; de ahí mirando a la Cordillera de Bucarasica, tomando éste para abajo, hasta dar en dirección a la cabecera de la quebrada de "Las Coloradas"; tomando toda la quebrada abajo hasta dar a la quebrada del Molino; de la boca de esta quebrada, buscando la cerca que divide el terreno de las "Lomitas" hasta salir a la cima de la Loma de Matadora donde hay una puerta; de allí mirando en línea recta al callejón del Roblal de la loma colorada a salir al alto de "San Francisco"; de ahí a caer a las peñitas; de ahí en derechura al Reventón grande a caer al pie de los rastrojos del Capadero, cogiendo el callejón que sale de la Pelota redonda que se fijó como primer lindero".

Con fundamento en dicho título, las señoritas Conde Rizo, por conducto de apoderado, demandaron el día 11 de octubre de 1947, ante el Juzgado Civil del Circuito de Ocaña a los señores Pedro Elías Martínez, José de Jesús Martínez, José Bastos, Antonio Bastos, Emilio Mora y señora Simona Ortíz v. de Quintero, varones los cinco primeros mujer la última, todos mayores de edad, vecinos de Bucarasica, por lo siguiente:

"Primero.—Por el dominio, posesión y entrega a mis poderdantes de un globo o lote de terreno demarcado por los siguientes linderos: "Desde la cúspide del cerro que divisa 'La Mesa' mirando a las cordilleras de Bucarasica, tomando ésta de para abajo hasta dar en dirección a la cabecera de la quebrada de 'Las Coloradas', tomando esta quebrada abajo hasta dar con una peñita que está inmediata a un camino que para la casa de Tomás Ortíz, de ahí en línea recta a salir a un filito donde hay una planada en el camino real que vá para Villa Caro, donde mataron a Luis Espinosa; de ahí siguiendo por una cerca de alambre a dar a la quebrada de 'La Perdida'; cogiendo la quebrada de 'La Perdida' a la izquierda de para abajo hasta dar con un montecito de 'Roble', que queda a la orilla de dicha quebradita, pasando este montecito a dar con una roza que hizo Clemente Collante; de ahí al pie de la cerca de alambre que hay más abajo de la casa de 'Lagunitas', de ahí a dar al borde de una planada, siguiendo dicho borde a dar a una cerca de fique, siguiendo de para abajo a dar a una quebradita que va a desembocar a la quebrada de 'El Molino' de para arriba hasta dar al pie del potrero nombrado 'La Joya', siguiendo todo el potrero arriba hasta dar con una peña que tiene una cueva, siguiendo de para arriba una cerca de alambre a dar a la cabecera

de la roza que hizo Clemente Collante, siguiendo de travesía a mano izquierda todo el pie del cincho a dar con los derrames de 'La Mesa' hasta encontrar una peña que no tiene salida, tomando esta peña de para arriba en línea recta a salir a la cúspide que divisa 'La Mesa' y que se fijó como primer lindero", globo o lote de terreno que hace parte de la finca de propiedad de mis poderdantes denominada "Tumeros", situada en jurisdicción de los Municipios de Abrego y Bucarasica, que comprende los predios nombrados "Tumeros", "El Molino" y "El Llano Grande", comprendido dicho globo o lote de terreno dentro de los linderos generales de la referida finca nombrado "Tumeros" que son los siguientes: "Desde la pelota redonda buscando una cañadita seca a caer al callejón de Palo Seco, hasta dar a la quebrada de Cerro Gordo; cogiendo la quebrada de Cerro Gordo arriba, hasta dar a un callejón que sale a un paso que tiene la peña de 'Los Lambederos', tomando toda la peña hasta donde se finaliza del lado de abajo de la posesión de Cuesta Boba; de ahí cogiendo de para arriba el callejón de Cuesta Boba hasta salir a la cúspide del cerro que divisa La Mesa; de ahí mirando a la cordillera de Bucarasica tomando ésta de para abajo hasta dar en dirección a la cabecera de la quebrada de 'Las Coloradas'; tomando toda la quebrada abajo hasta dar a la quebrada de 'El Molino'; de la boca de esta quebrada, buscando la cerca que divide el terreno de 'Las Lomitas' hasta salir a la Loma de Matadora donde hace una puerta; de allí mirando en línea recta al callejón del Roblal de la Loma Colorada a salir al alto de 'San Francisco' de ahí a caer a las peñitas; de ahí en derechura del Reventón grande a caer al pie de 'Los Rastrojos' del Capadero, cogiendo el callejón que sale de la pelota redonda que se fijó como primer lindero", globo o lote de terreno que ocupan y poseen con cultivos los nombrados señores dentro de los linderos generales inmediatamente antes descritos, de la referida finca de propiedad de mis poderdantes.

"Segundo. — Por los frutos civiles y naturales desde la época en que los expresados demandados ocupan y retienen dicho globo o lote de terreno de propiedad de mis poderdantes y por las costas del juicio".

Al contestar el correspondiente traslado, declararon los demandados, por conducto de apoderado, lo siguiente: Pedro Elías Martínez y Emilio Mora, que ellos "tienen justo título de las respectivas parcelas de terreno, por compra que hicieron mediante escritura pública... Los vendedores de mis poderdantes ocuparon desde hace más de treinta años los lotes a que se refieren las respectivas escrituras de venta, quieta, pública y pacíficamente, y mis mandantes que compraran los derechos en el lote de 'Palo Caído', lo han poseído en la misma forma, es decir, quieta y pacíficamente". Y los restantes, que Jesús Martínez vendió al señor Pedro Elías Martínez los derechos y acciones que le correspondieron en la finca de "Palo Caído", radicados en la sucesión de Lorenzo Quintero; Antonio y José Marías Bastos, no tienen derecho de dominio ni posesión en el terreno objeto de la litis, y Simona Ortíz vendió la porción conyugal al señor Pedro Elías Martínez. "De consiguiente,... no tienen nada que ver con la demanda que se les ha promovido y por esta razón es más que inútil contestar el libelo".

Trabada así la controversia, fué ella decidida por el Juzgado de primera instancia en sentencia de veintiuno de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho, así: "Condénase a los demandados Pedro Elías Martínez, José de Jesús Martínez; José Bastos, Antonio Bastos, Emilio Mora y Simona Ortíz v. de Quintero, mayores y vecinos de Bucarasica, a restituír a Josefa y Mercedes Conde Rizo, tres días después de la ejecutoria de esta sentencia, el inmueble a que se refiere el punto primero de esta demanda, por la situación y linderos allí descritos".

De este fallo apelaron los demandados para ante el Tribunal Superior de Pamplona, donde se desató el recurso en sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta, en el sentido de confirmar en todas sus partes la de primer grado, para lo cual tuvo en cuenta, entre otras consideraciones, las siguientes:

En la escritura Nº 427 de 2 de octubre de 1917, otorgada en la Notaría del Circuito de Ocaña, cuya copia debidamente registrada se acompañó con la demanda, consta la venta que en la expresada fecha les hizo Ernesto Conde Rizo a los demandantes, del inmueble que es objeto de la acción reivindicatoria; y como según el correspondiente certificado del Registrador, tal adquisición se halla vigente, dicho instrumento es bastante para establecer el dominio de las demandantes y la consiguiente acción reivindicatoria.

Contra este título opusieron los demandados Pedro Elías Martínez y Emilio Mora como justos títulos, los resultantes de las siguientes escrituras que también se adujeron oportunamente al juicio:

a) La número 119 de 20 de junio de 1946, por la cual el demandado Mora adquirió de Jesús Emigdio Guerrero R., Efigenia Guerrero R. y Matías Rodríguez viuda de Guerrero, los derechos hereditarios de los dos primeros como hijos legítimos

y los gananciales que como a cónyuge sobreviviente le correspondían a la última, en la sucesión del señor Ramón Guerrero, sobre la posesión de campo denominada "Palo Caído" y alindada como allí se determina;

b) La número 147 de 27 de abril de 1914, por la cual Ramón Guerrero adquirió por compra hecha a Valentín Flórez, una porción agrícola denominada "Palo Caído", y que fue la que luego le enajenaron sus herederos a Emilio Mora;

c) Las números 79 de 2 de junio de 1943, 102 de 9 de noviembre de 1946 y 79 de 8 de mayo de 1947, por medio de las cuales Pedro Elías Martínez adquirió de María, Juana, Brígida, José del Carmen, Justina y Esther Quintero Ortíz, y de la señora Simona Ortíz v. de Quintero, los derechos herenciales y la porción conyugal que, respectivamente les correspondía en la sucesión de su padre y esposo Lorenzo Quintero, sobre el terreno de "Palo Caído"; y

d) La escritura Nº 620 de 26 de mayo de 1898, por medio de la cual, Antonio Quintero, padre de Lorenzo, adquirió de Juan P. Alsina, un predio situado en el punto llamado "La Boca del Monte", jurisdicción del Municipio de San Pedro, hoy Eucarasica, cuyos linderos son los mismos del terreno a que se vincularon los derechos herenciales comprados por Pedro Elías Martínez.

Del examen comparativo de unos y otros títulos deduce el Tribunal que los derechos adquiridos por los demandados y vinculados en el inmueble que es objeto de la acción, no son sino derechos herenciales; y que, como nadie puede alegar título de dominio con fundamento en esta clase de derechos, mientras el bien sobre el cual recae, no le haya sido adjudicado, y la hijuela correspondiente se haya inscrito en la competente oficina de registro, forzosamente debe concluírse la prevalencia del título de dominio presentado por las actoras, con vigencia mayor de treinta años.

Considera en segundo lugar el sentenciador, la situación resultante de la posesión de los demandados frente al título de adquisición exhibido por los actores, para concluír de acuerdo con la fecha de los respectivos instrumentos y las declaraciones de testigos aducidas al juicio (Feliciano Ortega, Juan Serrano, Carmelo Salcedo, Juan de Dios Mejía, Francisco Pabón, Jorge Serrano y Francisco Pachón), "que los títulos de la parte actora comprenden un período mayor que el de la posesión de los demandados".

Se ocupa en tercer lugar la sentencia, del aspecto relacionado con la singularización e identificación del inmueble que es objeto de la reivindicación, las cuales encuentra debidamente comprobadas, a través de la alinderación contenida en la demanda, que corresponde exactamente a la del título fundamental exhibido por los actores, y de las diligencias de inspección ocular que se practicaron dentro de las instancias del juicio.

A continuación examina el fallador la prueba relacionada con la posesión material por parte de los demandados, la cual encuentra establecida, mediante la aceptación que a este hecho le dieron los demandados Pedro Elías Martínez y Emilio Mora, al contestar la demanda, y de los testimonios e inspecciones oculares, respecto de éstos, y los otros demandados. Por último se consideran las excepciones de ilegitimidad de la personería de la parte demandada y de prescripción, que encuentra y declara infundadas.

Los cargos en casación.

Recurrió para ante la Corte el señor apoderado de los demandados, concretando contra la sentencia del Tribunal, distintos cargos, de los cuales la Sala se limita a examinar el primero que, a su juicio se encuentra fundado, de conformidad con lo establecido por el artículo 538 del C. J., y que el recurrente formaliza en los siguientes términos:

"Dice el sentenciador que las demandantes cumplieron el requisito de singularización o determinación del inmueble, objeto de la presente acción, como lo dispone el artículo 946 del C. C. por cuanto aparecen en el libelo de demanda y en el título sus linderos, su ubicación y circunstancias que lo particularizan por lo cual el Tribunal considera cumplido este requisito de la identidad de la finca. Agrega que para mayor abundamiento de razones aparece la finca alinderada en la demanda singularizada en las Inspecciones Oculares, practicadas a solicitud de la parte demandante en ambas instancias.

"Incidió el Tribunal al sostener lo que sostiene en error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, al apreciar las pruebas contenidas en las Inspecciones Oculares, y al dejar de apreciar otras pruebas por el aspecto de la identificación y singularización del predio, materia de la reivindicación, como paso a demostrarlo:

"a) La Inspección Ocular practicada en primera instancia a solicitud de la parte demandante por el Juez comisionado de Bucarasica el 4 de junio de 1948 (f. 19 a 21 del C. 3º) la cual se limita a copiar los linderos de la demanda y del Despacho comisorio, sin apreciar, como ha debido hacerlo, que los demandados Pedro Elías Martínez, José Bastos, Antonio Bastos, José de Jesús Martínez, Simona v. de Quintero y Emilio Mora ocupa-

ban en común dicho lote, sino por el contrario se limitó el Juez y los testigos actuarios, que lo acompañaban a dejar constancia de que éstos ocupaban materialmente el lote alinderado en la demanda.

"Apreció erróneamente la Inspección Ocular practicada en 2ª instancia por el Juez Municipal de Villa Caro o San Pedro, comisionado por el Tribunal Superior de Pamplona para dicho efecto con asistencia de los peritos nombrados por las partes José Rosario Gutiérrez y José González Reyes. En la dicha diligencia, practicada el 22 de marzo de 1949 (fls. 28 a 29 C. Nº 5º) se transcriben los linderos generales de la finca denominada "Turneros", pero no se identifican los linderos de la finca que se pretende reivindicar. Los peritos junto con el Juez dejan constancia que el señor Emilio Mora ocupa el terreno de "Palo Caído", desde hace unos 28 años, la señora Simona Ortíz v. de Quintero ocupa una parte denominada "Lagunitas", "La Hoya", y lo mismo hace constar de los poseedores Pedro Elías Martínez, José Bastos, José de Jesús Martínez, Antonio Bastos que tienen lotes separados y cultivan individualmente.

"c) Incurrió el sentenciador en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos al dejar de apreciar la diligencia de Inspección Ocular practicada por el Tribunal Superior de Pamplona desde el 17 al 18 de marzo de 1949, (fl. 16 a 21 C. Nº 6º) con asistencia de los péritos Víctor Manuel Estévez, Francisco Moler Cote y las partes, así como incurrió en error manifiesto el Tribunal al no apreciar los testimonios que aparecen rendidos en dicha diligencia.

"Los peritos nombrados afirman haber identificado los predios denominados 'Palo Caído', 'Boca del Monte' 'Bucarasica' por sus linderos, de acuerdo con las escrituras números 119 de 1946 y 79 de 1947, como predios o fincas distintas, y los testigos Carmelo Salcedo, Feliciano Ortíz, Juan de Dios Mejía, Francisco Pabón, Jorge Serrano y Florentino Chacón en sus testimonios rendidos ante el Magistrado sustanciador, afirman en forma invariable que cada uno de los demandados ha poseído independientemente sus lotes desde hace muchos años y sostienen que las fincas de 'Palo Caído' y 'Boca del Monte Bucarasica' están comprendidos dentro de los linderos de la demanda.

"d) Apreció erróneamente el Tribunal en forma que aparece de manifiesto en los autos, los hechos del libelo de demanda, especialmente el segundo y el tercero en los cuales se expresa que Pedro Elías Martínez, José de Jesús Martínez, José Bastos, Antonio Bastos, Emilio Mora y Simona Ortíz v. de Quintero, son poseedores del lote alinderado en la demanda, 'que lo han usufructuado y usufructúan", pero no indica siquiera la parte demandante si éstos los poseen en comunidad, y es claro que de acuerdo con el art. 946 del C. C. corresponde al actor la prueba de demostrar que los demandados poseen en comunidad, pues de lo contrario tendrían que iniciarse tantas demandas cuantas fincas poseen los demandados.

"e) Dejó de apreciar y por consiguiente incurrió en error de hecho manifiesto, la escritura número 620 del 26 de septiembre de 1898, otorgada en la Notaría de Ocaña y debidamente registrada (fls. 9º a 12 C. P.), por la cual Juan Francisco Alsina transfiere a título de venta a Antonio Quintero M. un lote de terreno llamado 'La Boca del Monte Bucarisica' con linderos definidos, lo mismo que la copia de la escritura número 147 del 27 de abril de 1914, por la cual Valentín Flórez vende en la Notaría de Gramalote a favor de Ramón Guerrero un fundo agrícola denominado 'Palo Caído', ubicado en la jurisdicción del Municipio de Bucarasica (f. 8 C. Nº 6º).

"En dichos títulos en que constan los linderos de las fincas que poseen separadamente los Guerreros o sus cesionarios y los Quintero o sus cesionarios en forma independiente, están demostrando el error de hecho que aparece de manifiesto en los autos por haber creído el Tribunal que de tales pruebas podría deducirse que el terreno alinderado en la demarda, motivo de la acción de reivindicación, no sólo era uno para los demandantes, según sus pretensiones, sino lo que es fundamental para la singularización del lote que cuando son varios los demandados, lo poseen y explotan en común porque procedan de un mismo título, es decir, que haya identidad en los linderos de la demanda e identidad en la posesión material por parte de los demandados, para que se cumpla el requisito esencial de la singularización de la cosa".

"..... .....

"La finca que se pretende reivindicar puede ser una sola, generalmente individualizada para el demandante, pero no lo es para los demandados, cada uno de los cuales posee un lote separado, con determinación propia, que viene así a constituír una finca especial distinta de las que poseen los otros.

"En estas condiciones, a la demanda le faltó uno de los requisitos que exige el artículo 946 del Código Civil (Casación 15 noviembre de 1943. G. J., número 2001, pág. 279).

"Como consecuencia de los errores de hecho que

aparecen de manifiesto en los autos el sentenciador violó, por aplicación indebida los artículos 946 y 950 del Código Civil".

La Sala considera:

De acuerdo con el artículo 946 del C. C. "La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para **que el poseedor de ella** (Subraya la Sala) sea condenado a restituírla". Esa calidad de poseedor pude predicarse, como es obvio, no sólo respecto de una sola persona sino de varias; pero en este último caso, para que el litis consorcio de la acción pueda válidamente constituírse, es indispensable que la posesión se ejercite en común, vale decir, por todos y sobre todo el bien que es materia de la acción reivindicatoria; porque si los actos posesorios se ejercen separadamente y sobre porciones distintas del bien de que el actor es o se pretende dueño, la condena judicial que respecto de la totalidad se hiciera contra los distintos poseedores, conduciría al absurdo de imponer a éstos la obligación imposible de restituír una cosa que no tienen, supuesto que nunca la parte puede ser identificada con el todo, ni la singularización de ese todo, puede por consiguiente mirarse, como la de cada una de las partes que lo componen.

"Cuando son varios los demandados en juicio de reivindicación y diferentes los lotes que cada cual retiene por separado sin vínculo de comunidad, ha dicho esta Sala, es inepta la demanda que no expresa los linderos o delimitación de la porción o porciones de tierra que se pretende reivindicar; no basta alegar que esas porciones forman todas un cuerpo cierto que hace parte del globo de tierra del demandante, cuyos linderos se expresan" (Casación, agosto 4 de 1926. G. J. Tomo XXXIII, pág. 117).

Ahora bien. En el caso del presente juicio, la acción se dirigió contra los demandados Martínez, Mora, Bastos y señora Ortíz viuda de Quintero, para que se les condene a restituír el inmueble que identifica la demanda, y que los actores sostienen, estar poseído y ocupado por aquéllos, sin título ninguno (hecho 3º); es decir, como si esa posesión estuviera ejercida en comunidad por los demandados, sobre todo el inmueble, puesto que en parte alguna se refiere aquel estado, a lotes particulares poseídos por cada uno separadamente. Y esa situación de comunidad, que implícitamente acogió el Tribunal de instancia al decretar la restitución, no sólo no está comprobada en el informativo, sino que aparece manifiestamente desvirtuada a través de las pruebas que a él se adujeron. En efecto:

Por escritura pública Nº 620 de 26 de mayo de 1898 de la Notaría de Ocaña, Antonio Quintero adquirió de Juan Francisco Alcina, "un lote de tierra que hace parte del terreno situado en el punto nombrado "La boca del Monte Bucarasica", en jurisdicción del Municipio de San Pedro, y deslindado como en dicho instrumento se expresa.

Antonio Quintero, falleció después, sucediéndole en sus derechos, su hijo Lorenzo Quintero; éste le vendió luégo por escritura Nº 49 de 4 de febrero de 1910 a Valentín Flórez "una posesión agrícola denominada "Palo Caído" en el punto de Bucarasica" que más tarde y por escritura Nº 147 de 27 de abril de 1914 de la Notaría de Gramalote, le vendió este último a Ramón Guerrero,. La viuda de éste, señora Matías Rodríguez de Guerrero y sus hijos Jesús Emigdio y Efigenia Guerrero R. le transmitieron luego sus derechos hereditarios en la expresada finca a Emilio Mora Calderón por la escritura Nº 119 de 20 de julio de 1946 de la Notaría de Abrego, a que atrás se hizo referencia.

Establece claramente el hecho de que lo enajenado por **Lorenzo Quintero a Flórez y adquirido** últimamente por Mora Calderón a través de derechos hereditarios fué tan sólo una parte del primitivo inmueble de Antonio Quintero, no sólo la diversidad de linderos con que identifican uno y otro, sino la circunstancia misma de que los herederos de Lorenzo hubieran continuado en posesión de otra parte, que luego enajenaron a terceras personas hasta radicarse esos derechos en cabeza de Pedro Elías Martínez, según lo relacionado anteriormente.

De donde se deduce que, desde el punto de vista del dominio que los causantes de Mora Calderón y Martínez transmitieron a éstos, la posesión que por este concepto debían ejercitar, no era en común y proindiviso, sino vinculados a lotes particularmente individualizados.

El cuatro de junio de 1948, el Juez Municipal de Bucarasica, por comisión del Juzgado del Circuito de Ocaña que conocía del negocio, practicó una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos, en la que luego de identificarse la finca de Turmeros adquirida por las demandantes, y el lote objeto de la reivindicación que encontraron formando parte de la primera, se hace constar que el expresado lote lo forman "tres potreros de pastos artificiales y cuatro potreros de pastos naturales; diez rozas recien hechas las cuales se encuentran sembradas de cebollas, ajos y demás legumbres; dentro de él existen una casa de bahareque y astilla hecha por el señor Feminiano Conde Rizo, como administrador de dicha finca; también se encuentran dos ranchos de bahareque y paja al

lado de la casa descrita anteriormente, como también tres casas más de bahareque, paja y astilla. Todos estos cultivos como los dos ranchos y las tres casas a que se ha hecho referencia son puestos o establecidos por los señores Pedro Elías Martínez, José de Jesús Martínez, José Bastos, Antonio Bastos, señora vda. de Quintero y Emilio Mora". Más adelante se agrega, que dicho inmueble "se encuentra materialmente ocupado en común por los demandados".

Al examinar la Sala el contenido del acta que acaba de transcribirse con mira a dilucidar el hecho de la posesión, individual y en común, no llega a su convencimiento el concepto de esta última, tan nítidamente afirmada por el personal de la diligencia; porque a más de no precisarse ningún considerando para llegar a este resultado, más de razonamiento que de simple percepción, la encuentra francamente contradicha por la circunstancia de que también dá fe el acta, de existir en el inmueble "una casa de bahareque y astilla hecha por el señor Feminiano Conde Rizo, como administrador de dicha finca"; lo cual no otra cosa establece, sino que siendo el señor Conde Rizo extraño a la demanda, el inmueble no se halla en su totalidad poseído por los demandados, sino que quizá más bien, y a juzgar por la identidad de apellidos con las demandantes, éstas tienen allí alguna parte, quizá la mayor, administrada por conducto de aquél; y entonces y por esta sola consideración sería manifiestamente erróneo aceptar como poseedores exclusivos, y menos en común, a esos demandados, para condenarlos a restituír algo que, al menos parcialmente, no se halla en su poder.

En los días 18 y 19 de mayo de 1949, el Tribunal de Pamplona llevó a cabo una segunda diligencia de inspección, en la que los peritos establecen la diferencia que hay entre el inmueble que determina la demanda y el que en 1907 compró el causante de las actoras a don Manuel Conde Rizo, e identifican los predios dentro del inmueble vendido por Juan F. Alcina a Antonio Quintero en 1898. Se recibieron dentro de dicha diligencia numerosas declaraciones, de las cuales vale destacar lo siguiente:

Feliciano Ortíz, dice: "Conozco la finca de Palo Caído... hace... unos treinta y cinco años; igualmente conozco las de Boca de Monte y Bucarasica durante el mismo tiempo atrás dicho... "conocí al señor Valentín Flórez y a Ramón Guerrero, ya finados, y sé y puedo asegurar que estos señores que acabo de nombrar sucedieron a Lorenzo Flórez en el dominio y posesión del predio de Palo Caído..." cuyos linderos constan en la escritura número 119 de 20 de julio de 1946. Asímismo me consta que los predios de Boca de Monte Bucarasica, identificados como lo expresa la escritura Nº 79 de 8 de mayo de 1947, continuaron en poder de los herederos de Lorenzo Quintero, al fallecimiento de éste; que el señor Emilio Mora es poseedor de Palo Caído "hace más o menos unos diez años" y Pedro Elías Martínez de Loma, Boca de Monte Bucarasica, "hace unos diez años, más o menos; la viuda de Lorenzo Quintero vive en ese predio; allí vive también una hija de la misma viuda cuyo nombre no recuerdo; el vecindario señala como dueño o mejor dicho considera como dueño y poseedor al menor Pedro Elías Martínez, quien cultiva, siembra y roza el expresado predio...".

En análogo sentido depusieron los testigos Carmelo Salcedo, Juan de Dios Mejía, Francisco Pabón, Jorge Serrano y Florencio Chacón, estableciendo una clara diferencia entre los predios de Palo Caído y Boca de Monte Bucarasica de que, respectivamente, son poseedores Emilio Mora y Pedro Elías Martínez.

Finalmente en la última diligencia de inspección, que tres días después de la anterior practicó el Juzgado del Circuito de Ocaña por comisión del mismo Tribunal, "el señor Juez y los peritos constataron que dentro del predio cuyos linderos se expresan anteriormente (el deslindado en la demanda) hay varias porciones ocupadas por los demandados así: los señores Pedro Elías Martínez y Jesús Martínez y la señora Simona Ortíz viuda de Quintero, ocupan una parte denominada "Lagunitas", "La Hoyada" y "Palo Caído", con casas de habitación y cultivos de alverja, cebada y potreros de pastos artificiales y varias rozas recientes; los señores Antonio Bastos y José Bastos, ocupan también el punto denominado "La Hoyada" ya citada; y el señor Emilio Mora ocupa igualmente el sitio llamado "Palo Caído", en donde han puesto (sic) los mismos cultivos y han abierto rozas. Los mencionados demandados poseen materialmente los globos de terreno ya señalados y que forman parte del predio determinado en la demanda". Y a continuación agregan los peritos: "Cuanto a la ocupación de hecho el perito José Rosario Gutiérrez expuso: 'El señor Emilio Mora ocupante del terreno 'Palo Caído', ocupa su parte hace unos veintiocho años y allí vivía con el señor Ramón Guerrero. La señora Simona Ortíz viuda de Quintero ocupa la parte que ella tiene, desde el año de mil novecientos treinta y uno, según manifestación que me hizo su esposo Lorenzo Quintero, siendo yo Tesorero Municipal de San Pedro. Los señores Pedro Elías Martínez y

José Jesús Martínez ocupan ese terreno desde el año de mil novecientos cuarenta y dos. Los señores Antonio Bastos y José Bastos no recuerdo desde cuándo son ocupantes de la parte de terreno que ellos tienen. El conocimiento que tengo de la ocupación respecto de las personas que he nombrado, es por haberlo visto o presenciado". Por su parte el perito Jorge Pabón Jiménez manifestó sobre esa ocupación lo siguiente: "El señor Emilio Mora ocupa ese terreno aproximadamente hace diez años; Pedro Elías Martínez y Jesús Martínez hace de cuatro a cinco años, poco más o menos; Simona Ortíz viuda de Quintero hace como ocho años; y José Bastos y Antonio Bastos hace como ocho años. Tal ocupación me consta porque la he visto personalmente".

De este conjunto de pruebas, que corresponden de manera exacta a las que el recurrente considera erróneamente interpretadas por el Tribunal, aparece acreditado, que el inmueble materia de la reivindicación, no está poseído en comunidad por los demandados, sino por separado; y más aún, que por fuera de las partes que éstos ocupan, existen otra u otras porciones que son extrañas a la posesión que ellos ejercen.

Por lo tanto al reconocer el Tribunal sentenciador aquella comunidad exclusiva de posesión, como extraño fundamental del resultado condenatorio a que llegó, erró de hecho en la estimación de las pruebas que se dejan analizadas, y como consecuencia de este error, violó por aplicación indebida, entre otras disposiciones, el artículo 946 del C. C.

De esta suerte, al casarse la sentencia que es objeto del recurso, las mismas consideraciones que sirvieron de base al cargo examinado son bastantes para determinar en instancia la revocatoria del fallo de primera y consiguiente absolución de los demandados.

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 de fecha treinta (30) de septiembre de mil novecientos cincuenta (1950), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona en este juicio, REVOCA la de primer grado proferida por el Juzgado del Circuito de Ocaña el día veintiuno (21) de octubre de mil novecientos cuarenta y ocho (1948), y en su lugar,

FALLA:

Primero.—No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones propuestas en la demanda con que se inició este juicio. En consecuencia, se absuelve a los demandados Pedro Elías Martínez, José de Jesús Martínez, José Bastos, Antonio Bastos, Emilio Mora y Simona Ortíz v. de Quintero de los cargos que se les formularon en la demanda.

Segundo.—No procede considerar las excepciones propuestas.

Tercero.—No hay costas en el juicio.

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

Pablo Emilio Manotas—Luis Enrique Cuervo.—Gualberto Rodríguez Peña.—Manuel José Vargas. Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE FILIACION NATURAL. — TECNICA DE CASACION

El recurso de casación tiene como finalidad principal subsanar los errores o inadecuadas aplicaciones de la ley en que pueda haber incurrido el sentenciador, para lo cual es necesario hacer una confrontación de los textos legales aplicados en la sentencia y de los que en concepto del recurrente se deben aplicar para subsanar esos errores, o hacer las correcciones del caso. En casación no se puede andar a tientas. Es preciso que a la Corte se le muestren los caminos que debe recorrer en busca de la verdad jurídica, pues ella no puede obrar de oficio, buscando textos legales aplicables al caso e ideando argumentos para combatir los de instancia. Y si a la Corte no se le suministran por el recurrente esos elementos de juicio, el recurso no puede prosperar, por lo inepto.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Aspira Israel Farieta a que se le tenga como hijo natural de Angel María Ardila, y demanda a la sucesión de éste, representada por Inés Moreno v. de Ardila y María Isabel Ardila, a fin de que se declare esa filiación, y se confieran al demandante todos los derechos, acciones y privilegios que la ley establece para los hijos naturales.

El Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá decidió el caso, negando las peticiones de la demanda por falta de algunas pruebas sobre personería de la parte demandada.

Apelada esta sentencia por la parte desfavorecida, el Tribunal Superior de Bogotá dictó sobre el negocio la sentencia de nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta, por la cual se confirma la de primera instancia.

Insistiendo en su empeño de alcanzar filiación natural, el citado Farieta, por medio de apoderado, interpuso el recurso de casación, el cual se va a considerar, después de hacer alguna somera relación de la sentencia recurrida.

Por uno de tres caminos ha creído el actor llegar a la filiación natural, a saber: prueba documental, relaciones sexuales estables y posesión notoria del estado civil, de acuerdo con los numerales 3º, 4º y 5º del artículo 4º de la ley 45 de 1936.

En relación con lo primero, fué presentado un "vale por $ 12.000" protocolizado por escritura pública después de la muerte del presunto padre, en que éste declara que debe a una sobrina aquella cantidad de dinero, la cual ha de cubrirse, "tomándola de parte de la herencia de mi hija María Isabel Ardila y mi hijo natural Israel Farieta", según expresa el vale firmado por el citado Angel María Ardila.

Dijo la sentencia que este documento carece de valor por no estar reconocido, y que el hecho de la protocolización no le dá el mérito legal de que carecía antes de ella.

El documento en mención fué redargüido de falso, y el Juzgado declaró no probada la tacha de falsedad; pero el Tribunal declaró que no obstante estar ejecutoriada esta declaración del Juzgado, el citado documento carecía de valor, y que el Juzgado cometió el error de otorgárselo bajo la creencia de que con la protocolización tal documento alcanzaba mérito jurídico, lo que no es así.

Sobre relaciones sexuales dijo el Tribunal, después de transcribir una doctrina de la Corte: "Se limitan, pues, los declarantes, a manifestar que Ardila hacía vida marital con Silveria; mas sobre este hecho no fijan qué tiempo duraron esas relaciones; ni si ellas se iniciaron ciento ochenta días antes del nacimiento de Israel; o si éste nació trescientos días después de haber cesado. Los testigos no se refieren a los límites temporales precisos de esas relaciones, circunstancia que debe probarse plenamente, ya que constituye uno de los requisitos necesarios para que sea procedente la declaración de paternidad natural. Además, los deponentes no determinan las circunstancias en virtud de las cuales vinieron a saber como hecho notorio el concubinato cuya existencia señalan".

Y sobre posesión notoria se expresa en la sentencia: "Con relación a esta causal, los testigos mencionados deponen que conocieron al General Ardila por espacio de varios años, pues eran arrendatarios, vecinos o dependientes suyos; que el señor Ardila

trataba a Israel como hijó natural suyo; que le costeó la educación primaria que éste recibió; que Israel acompañaba a Ardila en sus frecuentes visitas a sus propiedades; que Ardila le enviaba dinero a Silveria. Mas ninguno de ellos precisa, ni siquiera menciona, el lapso que duró ese tratamiento de hijo natural. El testigo Ernesto Martínez, quien dice haber sido mayordomo de Ardila por "muchos años" y conocer a Israel de vista hace unos 30 años, afirma que "el General Angel María Ardila trataba al señor Israel Farieta como a su propio hijo, ésto lo ví y lo presencié cuando estuve de mayordomo de dicho General". (f. 23). No depone acerca del tiempo en que sirvió a Ardila. Así como Martínez, los otros testigos declaran en forma vaga e indeterminada. Y al no estar probada la duración del goce de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, falta uno de los requisitos indispensables para que prospere esta causal".

CASACION:

El apoderado del actor dirige a la Corte un memorial en que expresa, refiriéndose a los puntos considerados por el Tribunal:

"Desde luégo, H. Magistrado, la prueba escrita que hubiera podido llevarse al presente negocio, no existe, salvo el recibo que fué protocolizado por la escritura anteriormente mencionada; pero, en mi concepto, no habiendo sido anulada la escritura por los medios legales que existen para ello, necesariamente el recibo por medio de ella protocolizado tiene toda su fuerza y es una prueba escrita proveniente del mismo Gral. Ardila".

Y expresa en otra parte lo siguiente, no fácil de entender: "En mi concepto, H. Magistrado, se incurrió por el H. Tribunal en un error de derecho, pues al atacar la parte demandada la escritura en mención, ha debido demostrar, dentro del término correspondiente, que dicho título era falso en toda su integridad, pues, de lo contrario, a la luz de claras disposiciones civiles, el mencionado instrumento hace plena prueba en relación con terceros. Cosa distinta es el ataque al recibo protocolizado por medio de la citada escritura, ya que sobre la objeción presentada contra dicho recibo, vino la sentencia correspondiente dentro de la articulación para desvirtuarlo y no prosperó.

Por consiguiente, la escritura en mención tiene fuerza de plena prueba y en esa forma debe ser estimada por el Despacho al digno cargo de S. S.".

En relación con la prueba testimonial, el recurrente manifiesta: "En mi concepto, H. Magistrado, la prueba testimonial que dentro del presente negocio se ha hecho valer, sí tiene el carácter de tal, pues con ella ha quedado plenamente demostrado el estado notorio de hijo de mi mandante del General Ardila, además de que también quedó establecido que entre el General Ardila y la Farieta sí existieron relaciones sexuales... Por otra parte, H. Magistrado, el H. Tribunal en la sentencia casada, hace el análisis de la prueba testimonial, sin tener en cuenta que hechos que sucedieron hace más de treinta años, es imposible, físicamente, que sean retenidos de manera precisa, exacta y pormenorizada, conforme lo exige el mismo H. Tribunal. Desde luégo, los declarantes llevados à este negocio, todos personas honorables, no podían decir cosa distinta a aquella que les constara, pues de lo contrario, no estarían diciendo la verdad. Por tanto, ruego a su S. S. se sirva fijar su atención en la prueba testimonial, dándole a ella todo el valor probatorio que tiene".

Y dice por último el recurrente: "Por otra parte, que el General Ardila pagó la educación, escasa, pero en todo caso educación, que se le dió a mi mandente, es asunto que está plenamente demostrado y que no se puede controvertir".

Se considera:

Es caso singular e insólito el de la sustentación de un recurso de casación en que no se cita una sola disposición legal, ni una sola. Tal recurso tiene como finalidad principal subsanar los errores o inadecuadas aplicaciones de la ley en que pueda haber incurrido el sentenciador, para lo cual es necesario hacer una confrontación de los textos legales aplicados en la sentencia y de los que en concepto del recurrente se deben aplicar para subsanar esos errores, o hacer las correcciones del caso. En casación no se puede andar a tientas. Es preciso que a la Corte se le muestren los caminos que debe recorrer en busca de la verdad jurídica, pues ella no puede obrar de oficio, buscando textos legales aplicables al caso, e ideando argumentos para combatir los de instancia. Y si a la Corte no se le suministran por el recurrente esos elementos de juicio, el recurso no puede prosperar por lo inepto.

Esto es lo ocurrido en el presente caso en que el recurrente, como se ha visto, ni siquiera refutó los argumentos del Tribunal, sino que se concretó a sostener simples puntos de vista que ya había expuesto antes de que la sentencia recurrida hubiera sido dictada, sin que se le hubiera ocurrido, según se apuntó, invocar como violado un solo texto legal.

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 del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez.

Pedro Castillo Pineda—Alberto Holguín Lloreda.

Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE LOS PERJUICIOS OCASIONADOS CON LA MUERTE DE UNA PERSONA, OCURRIDA COMO CONSECUENCIA DEL GOLPE RECIBIDO AL CAER SOBRE ELLA UNA PIEDRA QUE SE DESPRENDIO DE LA PARTE EXTERIOR DE LA CATEDRAL DE BOGOTA. — LA CULPA DEL DUEÑO DEL EDIFICIO SE PRESUME EN EL CASO DE DAÑOS DEBIDOS A DEFECTO DE CONSTRUCCION Y A SU RUINA, Y ES A EL A QUIEN TOCA DESVIRTUAR ESA PRESUNCION

No ha sido uniforme el concepto de los comentaristas sobre el caso a estudio, pero es la verdad que la Corte, como lo anota el recurrente, ha dictado varios fallos en el sentido de que la culpa por parte del dueño del edificio se presume catalogando en tres grupos los artículos del Código sobre responsabilidad extracontractual, así: pertenecen al primero los artículos 2341 y 2345; al segundo, los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352; y al tercer grupo, los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, que se refieren "a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas". Y dice la Corte: "En las dos últimas agrupaciones se presume la culpa, al paso que en la primera esa presunción no existe" (G. J., XLVII, pág. 23; L, pág. 440).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Historia:

De una de las cornisas de la Catedral de Bogotá se desprendió un pedazo de piedra, el cual hizo blanco en Saúl Moreno Esquivel, quien en compañía de un amigo transitaba por la carrera 7ª, y ocasionó la muerte de aquél, casi instantáneamente.

Los padres del muerto presentaron demanda ordinaria contra la persona jurídica llamada Arquidiócesis de Bogotá, representada por el señor Arzobispo Primado, en la cual se pide que se le condene a pagar a aquéllos "los perjuicios de toda clase, materiales y morales que les ocasionó la muerte de su hijo legítimo Saúl Moreno Esquivel".

En la demanda se invocaron los artículos 2341 y siguientes del C. Civil, y entre los hechos de ella está el 3º que dice: La Arquidiócesis no ha tenido el debido cuidado en la reparación de las cornisas y partes externas y salientes del edificio, como lo demuestra el hecho de no ser el primero y único caso en que se han desprendido piedras de la construcción que han caído a la calle, y la circunstancia de que actualmente hay varias otras en peligro de caerse.

El Juzgado falló el negocio con la declaración de no accederse a lo pedido por no ser persona jurídica la Arquidiósesis, y no haberse establecido, por tanto, la personería de la parte demandada.

Los demandantes entonces, ya acompañados de una hija, presentaron nueva demanda, enderezada contra la persona jurídica denominada Iglesia Católica —Catedral de Bogotá— Arquidiócesis de Bogotá, representada por el señor Arzobispo, demanda semejante a la anterior, con la misma invocación de derecho y el mismo hecho 3º copiado atrás.

El Juzgado Séptimo del Circuito de Bogotá clausuró la primera etapa del juicio con la sentencia de veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en que se decide: "No es el caso de hacer ninguna de las solicitudes de la demanda".

El Tribunal Superior de Bogotá conoció del negocio por apelación de la parte actora, y en sentencia de diez de agosto de mil novecientos cincuenta confirmó la del Juzgado.

Está en la Corte el proceso por recurso concedido a la misma parte actora, y se procede a estudiarlo.

Casación

Antes de entrar en materia, conviene dar algunos datos relacionados con las instancias, que tienen interés para la decisión que ha de dictar la Sala.

La única invocación de derecho que se hace en la demanda, relacionada con responsabilidad civil, está constituída por "los artículos 2341 y siguientes del C. C.". Mas ya en el alegato de primera instancia el actor concreta así esa invocación tan vaga, toman-

do párrafos de una sentencia de la Corte sin anotar su fuente:

El artículo 2341 del C. C. —dice la Corte— se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad, demostrando su diligencia y cuidado y en que por lo tanto, la carga de la prueba corresponde al demandante. El artículo 2356 parte de la base de imputabilidad de culpa de quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla, y en tal caso, tres factores pueden eximir al demandado de su responsabilidad: a) O fuerza mayor; b) Caso fortuito); y c) Intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente. Este elemento extraño puede ser un descuido de la víctima, o sea, la misma culpa de quien ha sufrido la lesión.

En el presente negocio, dice el recurrente, el artículo del Código Civil que dá fundamento jurídico a la acción, es precisa y cabalmente el 2350 y a esta disposición le es más aplicable que a ninguna otra la doctrina de la Honorable Corte Suprema que se acaba de transcribir porque dicha disposición prácticamente contiene la aludida doctrina como mandato expreso. Lo que quiere decir: que la situación jurídica de la controversia legal que envuelve la presente demanda no podría desatarse en favor de la entidad demandada si ésta no acreditare suficientemente una cualquiera de las tres circunstancias: fuerza mayor, caso fortuito, o culpa de la víctima. Ninguna de estas circunstancias se ha acreditado en el expediente, pues la contraparte ni contestó la demanda ni adujo prueba alguna en su oportunidad legal.

Lo dicho en el párrafo copiado significa que el actor localizó su caso dentro del artículo 2350 del C. C.; y el Tribunal, tomando la razón del actor sobre aplicación de este artículo 2350, y anotando lo que se alega en el hecho 3º copiado atrás, examina este hecho frente a la doctrina de aquel artículo, y dice:

"Correspondía a los señores Morenos dar la plena prueba de la falta del 'debido cuidado en la reparación de las cornisas y partes salientes' de la Catedral, porque esa omisión en que estriban su intento es uno de los elementos causales de la responsabilidad del dueño, estatuída en la norma civil que trata inequívocamente de ruina, 'acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias...' (C. C. 2350, 1º).

No milita en favor de los actores presunción alguna de peligrosidad de la cosa causante del siniestro. El ámbito de estas presunciones creadas doctrinariamente, está circunscrito a los daños motivados por el goce y manejo de cosas de normal y extraordinario riesgo, que práctica y frecuentemente, a fuer de súbitos, imposibilitan a la víctima en orden al adecuado establecimiento de la culpa del agente. El riesgo inherente a los bienes inmuebles, en sí estables y sólidos por su naturaleza, es completamente excepcional, de manera que no encuadra en la presunción de peligro. Los antecedentes culposos del daño previstos por la norma legal invocada, omisión de las reparaciones necesarias y otras faltas del cuidado propio del buen padre de familia (en su caso, también, el vicio de construcción), probatoriamente, conforme a las reglas generales, corren por cuenta de la parte que los enuncia como base del interés reparatorio del daño.

El recurrente invoca la causal primera de casación por errónea interpretación del artículo 2350 del C. Civil, y por falta de apreciación legal de la prueba presentada, y expresa que se incurrió en error de hecho y de derecho.

- I -

Dice en cuanto a lo primero: "No hay duda, H. H. Magistrados, de que el art. 2350 del C. C., establece una presunción de culpa para el dueño del inmueble que ocasiona un daño, presunción que sólo puede ser desvirtuada por la prueba plena del CASO FORTUITO. Esta presunción está en tal forma expresamente establecida que el texto mismo del artículo citado expone: 'No habrá lugar a la responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto', lo que quiere decir, a contrario sensu, que no habiendo caso fortuito sí habrá lugar a la responsabilidad, todo lo cual es deducción lógica de un hecho físico evidente, o sea éste: la ruina de un edificio no se produce sino por falta de cuidado del dueño (reparaciones adecuadas, falta de la atención de un buen padre de familia), o por caso fortuito. Y así cuando un edificio se desploma, en todo o en parte, sin que haya mediado terremoto, rayo o avenida, etc., tal ruina no puede atribuírse sino a deficiencias de construcción o falta de reparaciones oportunas, es decir, a ausencia de cuidados y atenciones a las cuales no puede faltar un buen padre de familia. En la ruina de un edificio, o hay caso fortuito, o hay culpa del dueño".

Expresa más adelante: "Yo entiendo, H. H. Magistrados, que la disposición legal que se comenta no obliga a la parte actora a la demostración y prueba de la *culpa* en el propietario del edificio que por ruina ha causado un daño, y que en ausencia de

la prueba del caso fortuito la culpa se presume. Tal ha sido la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia en constantes, reiterados y conocidos fallos en los cuales se ha estudiado a espacio la responsabilidad civil extracontractual con base en las disposiciones contenidas en los artículos 2341 y siguientes del C. C.".

Es muy concreto el problema que se le plantea aquí a la Sala: ¿corresponde la prueba de la culpa a los demandantes, como lo sostiene el Tribunal, o esa culpa se presume por parte del dueño del edificio, como lo sostiene el apoderado recurrente, y corresponde al dueño probar el caso fortuito para librarse de la responsabilidad?

No ha sido uniforme el concepto de los comentaristas sobre el caso a estudio, pero es la verdad que la Corte, como lo anota el recurrente, ha dictado varios fallos en el sentido de que la culpa por parte del dueño del edificio se presume, catalogando en tres grupos los artículos del Código sobre responsabilidad extracontractual, así: pertenecen al primero los artículos 2341 y 2345, al segundo los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352(y al tercer grupo los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356 que se refieren "a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas". Y dice la Corte: "En las dos últimas agrupaciones se presume la culpa, al paso que en la primera esa presunción no existe" (G. J. XLVII, pág. 23—L, pág. 440).

Los nuevos comentadores nacionales están de acuerdo con esta apreciación de la Corte que se ha enunciado: El señor Pérez Vives expresa: "Creemos que el damnificado sólo debe probar que el perjuicio fué causado por la ruina del edificio o la caída del árbol, para que se presuma que una y otra se debieron precisamente a la falta de las necesarias reparaciones, es decir, a culpa del dueño" (*Teoría General de las Obligaciones*. Volumen II, pág. 385). Y el señor Valencia Zea expone: "La responsabilidad del artículo 2350 se encuentra en la noción de culpa presunta, pero de naturaleza diferente a la de los artículos 2347 y 2349. La exoneración de la responsabilidad del artículo 2350 no puede hacerse acreditando la simple ausencia de culpa, sino mediante la prueba del caso fortuito o fuerza mayor" (*Curso de Derecho Civil Colombiano*. Tomo VI, pág. 268).

Autores extranjeros están de acuerdo con estos puntos de vista. El comentarista Chironi expresa: "En conclusión, el derecho moderno ha querido circunscribir la 'responsabilidad', que no es propiamente tal, sino 'garantía', a los dos casos ya designados en el antiguo: vicio en la construcción y falta de reparación. Pero en cuanto a la prueba, no obliga al damnificado a hacerla directamente, como demuestra la misma locución de la ley acerca de la garantía para las cosas que se tienen en servicio, y deja al 'propietario' demandado el derecho de librarse demostando que la ruina no dependió de ninguna de las dos causas: esto es, la inexistencia del hecho que provoca la obligación de garantir. En esencia, la disposición se debe entender como si obligase al propietario cuando no pruebe que la ruina ocurrió por falta de reparación o por vicio de construcción y así la restricción de la doctrina comunmente acogida enseña de no darse liberación por la imposibilidad de impedir el daño, es aquí consecuencia normal de la teoría propuesta; la ley, siguiendo en ésto al antiguo derecho, obliga en dos hipótesis al propietario a 'garantir', y sólo probando el caso fortuito o la culpa del damnificado puede librarse de la carga que le está impuesta" (*La Culpa en el Derecho Civil Moderno*. Volúmen II, págs. 216 y 217).

El artículo 2350 de nuestro Código es aún más exigente que el correspondiente del Código Francés. Efectivamente, aquél expresa que el dueño del edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina acaecida por haberse omitido las reparaciones necesarias, o por haberse faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia; mientras que el artículo 1386 del código francés no tiene esta condición sino que se refiere a defectos de conservación; y sin embargo, comentando este artículo dicen Planiol y Ripert que la presunción queda descartada si se prueba que el vicio no era causa de la ruina, "a no ser por un acto culposo de la propia víctima, el hecho de tercero o un hecho natural externo para el edificio como una tempestad, el rayo, el bombardeo o la caída de un edificio contiguo; pero también ésto se elimina con la prueba de la culpa del propietario". Y dice en otra parte: "Como el artículo 1386 solamente trata del propietario, a veces se ha querido entender que la responsabilidad le concierne exclusivamente, subsistiendo auncuando hubiere transmitido a otra persona el mantenimiento del edificio, y cabiendo más tarde una reclamación suya contra esta persona; en síntesis, que se trata de una carga de la propiedad. Esta interpretación demasiado literal ha de rechazarse, sujetándose la aplicación del artículo estudiado a los mismos principios que las demás presunciones de culpa, que pesan sobre la persona a quien incumbe la guarda" (*Derecho Civil*. Tomo VI, págs. 836 y 837).

No le es posible a la Sala aceptar la tesis de derecho sostenida por el Tribunal.

- II -

Mas al paso que los actores hicieron un esfuerzo de prueba sobre la culpa de la parte demandada, ésta no hizo el más mínimo esfuerzo. Ni siquiera contestó la demanda.

En la sentencia se transcriben y analizan las declaraciones de los doctores Cándido Castro y Luis Carrera, y del señor José María Malo, presentadas por el actor, y no se les atribuye un valor probatorio suficiente para formar convicción.

El doctor Castro dijo: "...Me consta por haberlo visto y presenciado, que en una ocasión anterior al hecho a que se contrae esta pregunta se desprendió de una de dichas cornisas un pedazo de piedra y le cayó en la cabeza a una señora que en esos momentos bajaba por la acera sur de la calle 11, precisamente debajo de la torre de la catedral". Y agrega: "Esta señora fue levantada de allí me parece, por unos Agentes de Policía, pero con la aglomeración de gente que se formó en esos momentos no pudo darse cuenta el declarante si dicha señora murió en el acto de recibir el golpe de la piedra desprendida de la torre o no, aunque sí oyó decir que todavía respiraba cuando la levantaron para conducirla, probablemente a la Clínica de la Policía. Este hecho fue observado por varias personas que se encontraban en el lugar indicado, pero dado el tiempo transcurrido, el declarante no puede recordar el nombre de ninguna de ellas".

El doctor Carrera expresó: "También es verdad que tuve conocimiento y comentamos algunas veces de las piedras de la cornisa de la catedral y supimos que en tiempos anteriores había caído otra de esas piedras sobre una anciana".

Y dijo el señor Malo: "Tuve oportunidad de ver, con muchas otras personas de Bogotá que transitaban por la calle 11 con la carrera 7ª que en los días anteriores a la tragedia del 13 de octubre de 1942, ya se notaba inseguridad en que se hallaba la piedra de la cornisa, hasta el punto de que muchas personas se detenían a observar la situación de la cornisa y comentaban que en tiempos anteriores había ocurrido una desgracia con la caída de una de las piedras de la cornisa".

Y si a ésto se agrega la certificación jurada del señor Arzobispo, que el Tribunal no estudió, se llega racionalmente a la conclusión de que en el edificio de la Catedral existía algún descuido que dió ocasión al doloroso hecho de que tratan estos autos. Dijo el señor Arzobispo, citando palabras del Canónigo Mayordomo de Fábrica doctor Díaz Valenzuela: "Después de la desgracia ocurrida el 13 de octubre de 1942 hice examinar de dos ingenieros, el doctor Juan de Dios Higuita y el doctor Jorge Perilla Alvarado, el frontis, y aunque ellos opinaron que la ruptura de la piedra fue un caso fortuito, me aconsejaron que engrampara las piedras de la esquina. Siguiendo el consejo de ellos, más por seguridad que por necesidad, encargué a don Gregorio Herrera de la obra".

Sobre ésto dice ante la Corte el opositor que "una piedra que se rompe y al caer causa daño, no acusa jamás ruina del edificio" como queriendo decir que la "ruina" a que se refiere el artículo 2350, equivale a una verdadera destrucción. Y ésto no es así. La doctrina y la jurisprudencia tienen aceptado que el concepto de ruina se aplica a cualquier desperfecto de un edificio que alcance a producir perjuicios. Planiol y Ripert, ya citados, hablando de la ruina de un edificio, dicen que ella se refiere a la caída parcial o total de los materiales, y que "es indiferente que se trate de un simple motivo ornamental, si se encuentra unido al edificio" (Obra ya citada, fol. 835).

Dice también el opositor que algunas reformas se hicieron al edificio después del insuceso, pero que ello sólo indica previsión. A lo que se puede expresar que no es común hacer obras que sin duda son costosas, cuando ellas no son necesarias.

En todo caso, considera la Sala que las pruebas examinadas son de un gran valor de convicción, y contrastan con la indiferencia en el juicio de la parte demandada, obligada a establecer las buenas condiciones del edificio frente al cargo de la demanda acerca de que en éste no se tenía el debido cuidado sobre las cornisas y partes salientes de él, cargo que ni siquiera fue rebatido porque como se dijo, la demanda no fue contestada por el abogado constituído por el señor Arzobispo. Ni tampoco hizo esfuerzo alguno la parte demandada para librase de la responsabilidad, al tenor del inciso segundo del artículo 2350 del C. Civil aplicable al caso (ver art. 1604 C. C., inciso 3º).

En vista de lo expresado, obliga casar la sentencia recurrida; y para dictar la que corresponde en instancia, basta con expresar lo siguiente, siguiendo los pasos de la demanda:

Está probado que una piedra de la cornisa de la Catedral de Bogotá produjo, al desprenderse y caer, la muerte de Saúl Moreno Esquivel, el día 13 de octubre de 1942. Este era soltero, de buena salud y de sanas costumbres, y había nacido en mayo de 1911, según las pruebas que se encuentran en los autos.

Se ocupaba en negocios varios, los cuales le pro-

ducían ciento cincuenta pesos mensuales, lo cual está probado.

De sus productos destinaba no menos de cien pesos mensuales para atender a las necesidades de sus padres, pobres y ancianos, y de su hermana, colegiala.

La Iglesia Catedral de Bogotá es responsable de la muerte de Moreno Esquivel, y debe pagar los perjuicios materiales y morales a que tienen derecho los demandantes. En cuanto a estos últimos perjuicios, el criterio de la Sala ha sido el de que el juzgador tiene libertad para señalarlos dentro de lo que expresa el artículo 95 del C. P., y ha aceptado la máxima condena que este artículo autoriza, tratándose de indemnización para los padres de la víctima.

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 del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha diez de agosto de mil novecientos cincuenta, REVOCA la de primera instancia, de fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, y

DECIDE:

1º La Iglesia Católica —Catedral de Bogotá— Arquidiócesis de Bogotá, domiciliada en esta ciudad, es responsable civilmente de la muerte del señor Saúl Moreno Esquivel.

2º La entidad citada debe pagar a los padres de Moreno Esquivel, señores Ceferino Moreno y Benicia Esquivel, y a su hermana Cecilia Moreno, los perjuicios materiales y morales ocasionados por la muerte del citado Moreno Esquivel.

3º Los perjuicios morales se estiman en la suma de dos mil pesos ($ 2.000) para cada uno de los padres de Moreno Esquivel, y en mil pesos ($ 1.000) para la hermana de éste.

4º Los perjuicios materiales se fijarán de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las especificaciones de esta sentencia y los demás datos que arroje el expediente.

Sin costas en el juicio.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía.—Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO Y DEL JUICIO DE SUCESION ADELANTADO CON BASE EN EL MISMO, PORQUE LA TESTADORA SE HALLABA PRIVADA DE SUS FACULTADES INTELECTUALES EN EL MOMENTO DE OTORGARLO. — PERITAZGO.—SU APRECIACION POR EL JUZGADOR. — VALOR DEL PERITAZGO PRACTICADO EN OTRO JUICIO. — LOS PERITOS NO PUEDEN SACAR CONCLUSIONES EN DERECHO

1. No se puede aceptar la tesis absoluta de que un concepto uniforme de especialistas ata al juzgador de manera irrevocable, porque en él no quepa objeción alguna. Desde luégo que el art. 722 del C. J. advierte que lo expuesto por los peritos no debe dejar duda, diciendo está que sobre el peritazgo puede hacer examen el juzgador y puede objetarlo; porque, ¿ante quién no debe dejar duda el examen de los especialistas? Ante el Juez, de quien éstos son auxiliares.

2.—Como lo ha dicho la Corte, los conceptos técnicos de expertos producidos en otro juicio, no son prueba legal de peritos, sino peritaciones extrajudiciales, cuya apreciación se hace en consonancia con los principios generales de la equidad (G. J., Tomo LXIV, pág. 404).

3.—A los peritos no les es dado sacar conclusiones en derecho, porque ello corresponde a los jueces.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.—Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía)

Doña Sebastiana Zuluaga viuda de García, otorgó testamento en septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, cuando tenía 69 años de edad y once hijos, cuatro varones y siete mujeres, una de éstas viuda con familia. Además, tenía cuatro nietos, menores de edad, descendientes de otro de sus hijos. Eran sus hijos varones: Roberto, Antonio José, Pedro y Francisco; y eran sus hijas mujeres: Teresa, Laura, Isabel, Eloisa, Tulia, Berta y Mercedes.

Su testamento está ajustado a la ley, y se puede decir que a los dictados de la justicia, pues dejó la mitad de sus bienes, por partes iguales, a todos sus hijos, hombres y mujeres, y también por estirpe a sus cuatro nietos; dejó la cuarta de mejoras a seis de sus hijas; y señaló la cuarta de libre disposición para su hija Tulia viuda de Alzate, nombrada albacea testamentaria sin remuneración. La señora Zuluaga expresó lo siguiente, de un gran fondo de justo afecto materno: "He querido favorecer a algunos de mis hijos teniendo en cuenta sus condiciones económicas y que la mayor parte de ellos tiene numerosa prole, pero en la distribución que hago en nada me ha movido ni el odio o rencor, pues declaro que a todos mis hijos profeso gran cariño".

Sin duda decía esto último la señora Zuluaga porque antes de su testamento algunos de sus hijos habían acudido ante los jueces oponiéndose a actos de disposición de ella a favor de otros hijos suyos.

Con motivo de estas diferencias y del testamento, los hijos se dividieron en dos grupos, uno que se puede llamar el de los hombres, y el otro, el de las mujeres. Y fué así como los señores Roberto, Francisco, Antonio José, Pedro y Berta García Zuluaga presentaron demanda ordinaria contra sus hermanas Teresa, Isabel, Laura, Elvira (Sor Isabel en el Convento), Tulia y Mercedes de aquellos mismos apellidos, y contra los cuatro menores, nietos de la testadora, en la cual demanda se pide como cosa principal, que se declare la nulidad del testamento de la señora Zuluaga, y también la nulidad de lo actuado en el juicio sucesorio de ésta.

Se dice en la demanda que la señora Zuluaga había otorgado testamento en 1942, estando privada del libre ejercicio de sus facultades intelectuales por demencia senil, y que de ésto daba razón también la interdicción judicial contra ella declarada en abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

La demanda fué contestada solamente por una de las hijas de la señora Zuluaga, y por la madre de los cuatro menores; y el Juez del Circuito del Líbano, por sentencia de treinta de agosto de mil

novecientos cuarenta y ocho, acogió todas las peticiones de los actores.

Apelada esta sentencia de primer grado, fué revocada por el Tribunal Superior de Ibagué por la suya de siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en la cual se dispone que no es el caso de acceder a ninguna de las peticiones de la demanda.

Los actores entonces hicieron subir el negocio a la Corte, donde está para decidirse el recurso extraordinario, y a ello se entra.

CASACION:

Dice en su demanda el apoderado de los actores que acusa la sentencia por la causal primera del artículo 520 del C. J. "ya por violación directa, interpretación errónea o aplicación indebida de la ley sustantiva, o ya también por consecuencia de mala apreciación de las pruebas", y divide su estudio en dos cargos, en uno de los cuales acusa la sentencia por errores de hecho, y en el otro la acusa por errores de derecho, de manera que en realidad, no hay acusación por violación directa de textos legales.

Cargo primero:

Dice el recurrente que "el primer cargo se referirá a la mala apreciación que el Tribunal hiciera del dictamen pericial de los expertos Edmundo Rico y Guillermo Uribe Cualla, así como de la prueba pericial practicada en el juicio de interdicción judicial"; y este cargo se contrae casi exclusivamente al artículo 722 del C. Judicial; o por lo menos, el citado artículo es el centro de las violaciones apuntadas por el recurrente, como pasa a verse:

A.—Dentro del juicio de interdicción conceptuaron sobre la demencia senil de la señora Zuluaga, afirmándola, los facultativos José del Carmen Parra y Julio Vélez Márquez, y esta prueba fue trasladada al juicio de nulidad. Además, dentro de este juicio se pidió un dictamen pericial sobre las condiciones mentales de la testadora, y fueron nombrados por el Juez dos peritos, y por los actores uno, el doctor Guillermo Uribe Cualla. El otro perito principal fué el doctor Luis Jaime Sánchez, y como tercero fue designado el doctor Edmundo Rico.

Estos peritos, que no examinaron a la testadora pues ya había muerto, tuvieron como base principal de su dictamen los conceptos expresados por los facultativos Parra y Vélez Márquez. El especialista Uribe Cualla acogió en líneas generales estos conceptos; el perito tercero doctor Rico adhirió a lo decidido por su compañero, y el otro perito principal doctor Sánchez, nombrado por el Juzgado, pues los opositores no intervinieron en este caso, lejos de haber acogido las tesis de sus colegas, criticó y desestimó francamente lo expuesto en la prueba trasladada de los facultativos Parra y Vélez Márquez.

Refiriéndose a esta prueba de los dos peritos acordes, dice el Tribunal: "Vistas así las cosas, resulta claro que los peritos psiquiatras no han ofrecido al juzgador la prueba de un hecho científico determinado, como es el que la señora Sebastiana Zuluaga vda. de García hubiera padecido de demencia senil en los últimos meses del año de mil novecientos cuarenta y dos, y por lo tanto, tal prueba no se destaca con la absoluta nitidez y precisión que se requería, para poder tener la anulación por la justicia del testamento atacado"

No encuentra bien el recurrente lo expresado por el Tribunal, y expone lo siguiente:

"Los dictámenes de los peritos los han fundado en el análisis de hechos sujetos a los sentidos y basados en sus conocimientos de la medicina. Por consiguiente, siendo esta ciencia ajena a la apreciación exacta de los señores Magistrados, y apareciendo que estuvieron contextes en su dictamen científico y razonado, no se vé cómo un juez pueda desconocer una prueba de dicha naturaleza, cuando de otro lado ni se discuten los fundamentos de hecho de esos dictámenes ni tampoco sus conclusiones. El H. Tribunal se limitó únicamente a decir que esos dictámenes eran ambiguos o dubitativos cuando consta como se verá más adelante que eran totalmente claros y diáfanos en orden a los hechos que dijeron deducir.

"Si consta que el H. Tribunal no intentó siquiera hacer una crítica jurídica a dichos experticios y menos una crítica científica, indudablemente el sentenciador debía haber declarado probada la demencia que constataron y dedujeron los peritos, porque así se lo ordenaba perentoriamente el artículo 722 del C. J. Los hechos sometidos al examen de los peritos y reconocidos por los mismos debían haberse tenido por acreditados para hacer la correspondiente aplicación del derecho, porque eran de tal naturaleza que solamente podían someterse a la apreciación exacta de los sentidos en psiquiatría, máxime cuando eran reconocidos por dos expertos entre tres, y eran contextes y daban con precisión los fundamentos de sus conclusiones.

"De suerte que al no admitir el dictamen o dic-

támenes otorgándoles la fuerza probatoria que les asigna la ley, se violan manifiestamente los artículos 716 y 722 del C. Judicial y conforme a los cuales esos dictámenes contextes, y debidamente fundamentados constituían plena prueba de la demencia de la señora Sebastiana de García al momento de otorgar su testamento. Y como consecuencia se violaban las disposiciones de los artículos 593 del C. J., y 553 ordinal 2º, 1502, 1503 y 1741 del C. C., porque reconocida la demencia procedían las declaraciones impetradas por la demanda".

Y agrega ésto el recurrente, aclarando lo del error que denuncia:

"Con todo y de acuerdo con el contenido mismo de la sentencia acusada, la causa para no admitir el dictamen o los dictámenes es que ha considerado que los dictámenes por su contenido no son categóricos e incuestionables en orden a la demencia y por consiguiente no es el caso de aplicar dichas disposiciones que exigen que se constate la demencia sin dar lugar a la menor duda. Esto revela que el error del H. Tribunal es de hecho por cuanto no reconoce los hechos afirmados por los peritos, ya que dice no se afirma la demencia, cuando aparece manifiestamente que tanto de la exposición que hicieron en sus dictámenes como de sus conclusiones, fueron categóricos para informar que la testadora el 19 de septiembre de 1942, fecha en la que se otorgó el testamento, se hallaba en estado predemencial e incapacitada para celebrar u otorgar cualquier acto jurídico".

B.—Como ya se dijo, después de que el testamento había sido otorgado, se siguió contra la señora Zuluaga un juicio de interdicción judicial promovido por uno de sus hijos. En la demanda se le anotan a la señora Zuluaga muchas deficiencias orgánicas y mentales, y la número 25 de ellas dice: "Mi madre es una demente senil y necesita un curador para la administración de sus bienes, los cuales corren grave peligro". Algunos de los hijos se opusieron a lo pedido, otros guardaron silencio; el Juzgado entonces nombró a los facultativos Parra y Vélez Márquez para la práctica de los exámenes y demás investigaciones que la ley determina, y éstos diagnosticaron que la señora Zuluaga sufría de demencia senil, según se dijo; y se dijo también que el concepto de estos facultativos fue presentado como prueba en el presente juicio, y en él se fundó principalmente el dictamen de los especialistas Uribe Cualla y Rico.

El Tribunal expresó que aquellos facultativos no dedujeron categóricamente la demencia con anterioridad a 1944, año en que examinaron a la señora Zuluaga, pues que dicen solamente: "Creemos que la muerte de su esposo (año 1940) constituyó la circunstancia más favorable para que su demencia empezara a hacerse ostensible".

Sobre ésto dice el recurrente que no se explica por qué de la frase dubitativa de los peritos acerca de la causa que hizo ostensible la demencia, deduce el Juzgador que la misma demencia fue puesta en duda, y agrega: "El Tribunal ha incurrido por ese aspecto en error de hecho porque tiene como dudoso el concepto de los peritos acerca del estado de demencia de la señora en determinada época".

C.—El perito tercero doctor Rico, no obstante vivir en Bogotá donde también reside el perito doctor Uribe Cualla, rindió aparte su concepto, y dice el recurrente sobre este particular: "Que el doctor Rico no afirmó incuestionablemente la locura de la señora Sebastiana porque dijo que el dictamen de los médicos Parra y Vélez Márquez era un documento que por sí solo revelaba su demencia con muchísimas probabilidades de acierto en septiembre de 1942. El error consiste esencialmente en que el sentenciador no quiso leer exactamente el dictamen porque pretende hacer decir al perito, por el análisis particular de una sola de las pruebas, todo lo contrario de lo que realmente se afirma en dicho experticio. En efecto el hecho de que se afirme por el perito que uno solo de los elementos de juicio es suficiente para deducir la locura en septiembre de 1942 con muchísimas probabilidades de acierto, en nada desvirtúa la afirmación que hace el perito reconociendo la existencia de la misma en esa misma fecha con base en el análisis de todas las pruebas".

Cómo se vé, no dice el recurrente de qué error se trata, si de hecho o de derecho. Mas adelantando un poco sobre el punto, expresa: "Para desconocer el sentido afirmativo de ese dictamen hay necesidad de tomar aisladamente una de las conclusiones, prescindiendo de las demás, así de ese modo podía el Tribunal privar a ese dictamen del valor probatorio que le correspondía con aplicación debida del art. 722 del C. J.".

D.—Dijo el Tribunal: "Y no resulta ocioso recalcar la opinión unánime de los facultativos acerca de que diagnosticada una demencia senil no es posible precisar matemáticamente cuándo ella retrospectivamente pudo iniciarse, y por ello hablan de un estado por lo menos predemencial".

A este respecto expone el recurrente:

"A nuestro juicio incurre aquí en un nuevo y manifiesto error de hecho, por cuanto de la afir-

mación hecha por los legistas de que no resulta posible precisar matemáticamente cuándo pudo iniciarse una demencia senil, desprende la conclusión de que no puede saberse si una demencia de esa índole existía o no en determinada época de una persona. Y ello es erróneo. Lo que han dicho los médicos es que no puede precisarse matemáticamente cuándo se inició la enfermedad, como por ejemplo no podrá decirse: la demencia senil se inició el lunes seis de febrero de 1942; pero sí puede decirse, como lo escriben los médicos: el 19 de septiembre de 1942 la señora Sebastiana padecía de una demencia senil. La afirmación no es matemática desde el punto de vista del día de aparición de la enfermedad; pero es absolutamente exacta, y no tiene nada de dubitativa en cuanto a la época en que la enfermedad se hallaba establecida".

Agrega el recurrente sobre esta materia que el Tribunal, para hacer resaltar la duda de los peritos, pone entre comillas "de un estado por lo menos predemencial", cuando "el estado predemencial es un grado de demencia que corresponde a la demencia en iniciación, en arranque, en estado naciente". El Tribunal sostiene —afirma en seguida el recurrente— "que los peritos se muestran dubitativos, con lo cual comete error de hecho, porque tiene como dubitativo lo que es claramente categórico e integralmente afirmativo".

E.—Sobre el concepto del doctor Uribe Cualla se lee en la demanda de casación: "Finalmente el H. Tribunal al referirse a la tercera conclusión del dictamen del doctor Uribe Cualla y la cual fue acogida junto con las demás por el doctor Rico, dice que allí también se manifestaron dubitativos los peritos para postular definitivamente la demencia el 19 de septiembre de 1942 de parte de la señora Sebastiana Z. v. de García. Para ello toma la frase 'cuando ya habían surgido grandes dudas sobre su normalidad psíquica puesto que ya había sido solicitada la interdicción judicial,' para deducir que los peritos dudan acerca de la normalidad psíquica de la señora Sebastiana en la época del otorgamiento del testamento. Pero no observa el sentenciador que el perito no se refiere a su propia y personal duda, sino a la duda ajena, a la duda que acerca de la anormalidad psíquica de la señora Sebastiana habían tenido otros o sea 'quienes pidieron la interdicción judicial de dicha señora'. . . . Sinembargo el H. Tribunal incurre en error también por este aspecto, ya que interpreta la frase referida, no como indicativa de lo que sucedía en el ánimo de los demás y no del perito por la época del otorgamiento del testamento, sino como confesión del perito de que la demencia de la señora por aquella época para el mismo perito es dudosa. El error del Tribunal es visible, manifiesto, evidente porque ha tomado una cosa por otra".

Y unos renglones adelante dice el recurrente: el Tribunal estaba ligado en el caso de autos a la regla jurídica del artículo 722 del C. J., ya que tenía a la vista dos dictámenes contextes y debidamente fundamentados.

Ha procurado la Sala recoger en los apartes anteriores las quejas que contra la sentencia presenta el recurrente en su Primer Cargo de casación; y a esas quejas corresponden las siguientes violaciones legales, según la presentación que hace el recurrente, insistiendo sobre todo en el desconocimiento del artículo 722 del C. Judicial, que como se ha dicho, constituye el fundamento principal del ataque del recurrente contra la sentencia del Tribunal.

Dice el recurrente en una parte: "Por todo lo anterior se vé muy claramente que el H. Tribunal de Ibagué en relación con los dictámenes mencionados violó los artículos 716, 722 y 820 del C. J., porque al apreciar indebidamente esas pruebas les privó de la eficacia jurídica que tenían conforme a dichas disposiciones".

Dice en otra parte: "El Tribunal no relievó el testimonio de los médicos Parra y Vélez Márquez cuando dicen que ya en 1942 estaba instalada la demencia, y por este aspecto violó el artículo 697 del C. J.".

Expresó además: "También violó el Tribunal los arts. 666, 632, 594, 595, 596, 597, 601 y 820 del C. J., porque dijo que el dictamen de los expertos apenas era una presunción".

Anota también estas violaciones: "del artículo 553 ordinal 2º del C. C. que sienta la regla jurídica de que cuando se ha producido la prueba de la demencia el acto o contrato de un demente es nulo, aún sin estar decretada la interdicción judicial; es decir no se dió aplicación a la 2ª parte del inciso 2º., porque cuando era el caso de aplicarlo, no lo hizo. De los artículos 1502, 1503, 1504 y 1741 del C. C. porque la voluntad a que el derecho se encomienda necesita tener cierta base de razón y capacidad para discernir y la capacidad de obrar queda excluída en los casos de enfermedad mental".

Expresó después: "El Tribunal aplicó indebidamente dichas disposiciones y también el art. 1757 del C. C. porque postulando el principio de a quien corresponde la carga de la prueba, sostuvo

que el demandante no ha cumplido con ese deber jurídico".

Apunta que el Tribunal, para desconocer los derechos de los demandantes, "tuvo necesidad de sostener que la prueba de peritos no era precisa para definir la demencia, y que no era plena prueba conforme a la ley, pasando así por alto el contenido del art. 722 que era de aplicación rigurosa en este caso".

Expone en seguida: "Y también para desconocer los hechos que demostraban la lectura y con base en los cuales se habían fundado los peritos, pasó por alto la prueba de testigos, la prueba documental en donde se presentaba copia de los distintos juicios de interdicción judicial, de licencia para hacer donaciones, de las sentencias allí dictadas, de los dictámenes periciales para acreditar los actos de disipación, y en fin todos los elementos de juicio relacionados por los peritos, pruebas que tenían pleno valor conforme a los arts. 697, 632 y 597 del C. J. porque habían sido agregadas legalmente al proceso. Naturalmente pasando por alto esos hechos que tenían plena prueba, tenía que producirse la violación de las disposiciones sustantivas mencionadas. arts. 553 ordinal 2º, 1502, 1503, 1741 del C. C. y 593 del C. J.".

Después de esta abigarrada aglomeración de textos sin invocación oportuna, muchos de ellos, sin método y sin ninguna técnica de casación, textos que el recurrente considera violados, repitiéndolos y barajándolos, parece ser que los reduce a unos muy pocos, pues dice para finalizar el cargo: "Es decir, los errores de hecho patentizados en el desarrollo de este cargo condujeron al sentenciador a dejar de aplicar los artículos 716, 722 y 820 del C. J., o sea la apreciación falsa del contenido de los dictámenes periciales llevó al H. Tribunal a desconocer el hecho de la existencia de la demencia de la señora Zuluaga en septiembre de 1942, fecha del testamento".

E insiste así en lo que él considera error de hecho, sin apreciarlo como evidente, de acuerdo con la ley: "El error de hecho llevó al de derecho, y éste condujo a la violación de ley sustantiva: se se negó que los médicos habían deducido la locura bajo la forma clínica de demencia senil; y por este motivo el Tribunal no aplicó como era su deber al caso los arts. 716, 722 y 820 del C. J., dando el valor de plena prueba a esos dictámenes, a lo cual estaba obligado el fallador porque esos experticios ligaban la conducta del juzgador en estos casos'.

La Sala, por el contenido de la demanda, tiene que llegar a la conclusión de que en el cargo que se estudia se han acusado como violados principalmente los artículos 716, 722 y 820 del C. J., en relación con los dos dictámenes periciales a que se ha hecho referencia, y que las otras violaciones apuntadas por el recurrente son corolario de aquella acusación y de no haberse dado valor a esos dictámenes, de acuerdo con los artículos arriba citados, cuyo estudio se acomete.

Se considera:

El artículo 716 citado regula la manera como los peritos deben obrar dentro de su encargo; y si se afirma que ese encargo, o por mejor decir, los dictámenes debidos a los peritos, constituyen una prueba completa, se está afirmando que esos peritos cumplieron aquella norma, y que ella no pudo entonces ser violada por el Juzgador. Si la norma obligaba a los peritos y no al Tribunal, mal pudo éste violarla. Más bien fue incumplida por los peritos, pues ella dice que éstos deben "dar su dictamen en una sola declaración", lo que no se hizo en el caso de los especialistas Uribe Cualla y Rico.

El artículo 820 del C. Judicial doblemente citado como violado, configura el juicio sobre interdicción judicial, y de ello no se trata aquí. Es extraño, pues, al caso que se estudia.

Queda sólo el artículo 722 invocado por el recurrente en toda la extensión del cargo que se ha estado estudiando, y también del cargo que sigue. Y se entra a hacer estudio especial sobre este asunto, que constituye todo el basamento sobre el cual el recurrente edifica su argumentación contra la sentencia.

Artículo 722 del Código Judicial:

Dice este artículo que hace plena prueba el dictamen uniforme de dos peritos sobre los hechos sujetos a los sentidos y lo que expongan según su profesión u oficio, sin lugar a duda.

El Tribunal no fundó en este artículo ninguna de sus conclusiones. Tal texto legal no se mencionó siquiera en la sentencia. Y no se refirió el Tribunal a ese artículo por la razón, tan a simple percepción, de que los peritos Uribe Cualla y Rico no tuvieron para conceptuar hecho alguno sujeto a sus sentidos, porque la señora Zuluaga, objeto del análisis pericial, ya había muerto cuando el dictamen de aquellos especialistas fué reñ-

dido. De manera que este dictamen, por más uniforme que fuera, y aún dentro de la tesis de que las condiciones del artículo en mención aten al Juez, no podía obligar al Tribunal a someterse incondicionalmente a lo expuesto por los peritos, por la circunstancia muy clara de que en un peritazgo, de las condiciones anotadas, es decir, cumplido por simples informaciones relacionadas con el sujeto sobre el cual ha de versar ese peritazgo, es absolutamente imposible que quede cumplida esta condición imperativa del artículo en mención: que la exposición de los peritos se haga **sin lugar a duda**. En el caso de autos, la duda no quedaba eliminada.

De otro lado, no se puede aceptar la tesis absoluta de que un concepto uniforme de especialistas, como en el presente caso, ata al juzgador de manera irrevocable, porque en él no quepa objeción alguna. Desde luégo que el texto que se examina advierte que lo expuesto por los peritos no debe dejar duda, diciendo está que sobre el peritazgo puede hacer examen el Juzgador y puede objetarlo; porque, ¿ante quién no debe dejar duda el examen de los especialistas? Ante el Juez, de quien éstos son auxiliares.

Sobre este punto muy señalado en el procedimiento ya dijo la Corte en fallo reciente:

"La Corte considera: El concepto emitido por el Tribunal en la sentencia, y la acusación al respecto de que se acaba de hacer mérito, plantea de nuevo el problema que sobre el particular tiene ya resuelto la Corte y que además ha sido estudiado ampliamente por los doctrinantes, a saber: ¿Hasta dónde vincula al juzgador un dictamen pericial? La fuerza vinculante de un experticio, en todo caso, y que obligue al juzgador a someterse a aquél sin discriminación de ninguna especie, no ha sido aceptada nunca por los expositores ni por nuestra legislación. De ahí en ésta la existencia de los artículos 722 y 723 del Código Judicial que no sólo permiten sino autorizan el análisis y valoración de los fundamentos de un dictamen; esas normas dan al juzgador amplitud de juicio y de criterio para fijar en cada caso el valor de un peritazgo, sin estar forzado nunca a admitirlo o rechazarlo mecánica o ciegamente. En sentencia publicada en la GACETA JUDICIAL número 1935 y citada por el fallador, dijo la Corte: 'No se establece en esos artículos 722 y 723 del Código la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos... con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté debidamente fundamentado. En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado para decidir si está fundado debidamente.

Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos' " (GACETA JUDICIAL, Tomo LVII, pág. 532).

En este mismo fallo, de agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y cuatro, que se refiere a un caso de demencia, muy semejante al que aquí se estudia, pues el sujeto también había muerto al tiempo del dictamen, se pueden leer otras doctrinas de la Corte semejantes a la que se deja copiada, y se puede leer esta apreciación de la misma Corporación, que dice:

"Es evidente que los peritos no examinaron a Julia; ésta había muerto antes del peritazgo; de manera que no dictaminaron sobre hechos sujetos a sus sentidos, y que su dictamen es retrospectivo, fundado en las declaraciones y otros elementos existentes en autos, que interpretados por los expertos, fueron las premisas de sus conclusiones. También es exacto que como los mismos peritos lo exponen en su dictamen, en la parte motiva, alguna escuela o algunos autores admiten en la psicosis periódica (enfermedad mental que sufrió Julia), los intervalos lúcidos. En esa enfermedad por lo tanto no es un principio inconcuso de la ciencia la existencia o no existencia de esos intervalos lúcidos En vista de esos factores y observaciones, no puede sostenerse que el fallador incidiera en error al valorar el dictamen a la luz del artículo 723 y no a la del 722 citados; no hubo, pues, infracción de esa norma, por no haberla aplicado al caso del pleito" (G. J. Tomo LVII, página 533).

Para su estudio el Tribunal debió tener en mientes el artículo 723 del mismo Código, que dice que la fuerza probatoria de un dictamen pericial se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta las condiciones de los peritos y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Entre este artículo y el 722 hay una cosa común: la percepción directa, por medio de los sentidos, aplicada a la cosa puesta a examen. Entre el artículo 722 y el 723 "hay diferencias notables —ha dicho la Corte— aunque ambos, como es obvio, parten de la percepción por medio de los sentidos

al igual de cualquiera otra noción intelectual" (G. J. Tomo LXIV, pág. 465).

Si, pues, las conclusiones del Tribunal no están fundadas en el artículo 722 del C. Judicial sino en el 723 que autoriza una discriminación por parte del Juez en el dictamen pericial, no tiene razón el recurrente al quejarse de que el sentenciador analizó los conceptos emitidos por los especialistas sobre la demencia de la señora Zuluaga, y no los encontró convincentes, y al señalar como violado aquel artículo 722, y los demás enunciados en el cargo a estudio.

Los peritazgos:

Deducido de lo expuesto que el Tribunal no fundó su juicio en el artículo 722 del C. Judicial, y que debió tener en cuenta, aunque no lo citó, el artículo 723 del mismo Código, se entra a examinar esos peritazgos, a fin de ver si el Tribunal incidió en error de hecho en la apreciación de ellos, de lo cual lo acusa el recurrente, señalando como violadas un poco de disposiciones legales.

Como ya se dijo, el actor trajo a los autos el llamado dictamen pericial de los facultativos Parra y Vélez Márquez, como base de información para los peritos que habían de actuar dentro del presente juicio. ¿Y qué valor probatorio tiene ese dictamen en el presente pleito?

Téngase presente que estos facultativos examinaron a la señora Zuluaga en diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, es decir, después de que habían transcurrido veintiseis meses desde la fecha del testamento, pues éste se realizó en septiembre de mil novecientos cuarenta y dos. Y es interesante saber que para el concepto de estos peritos no se tomó parecer de los médicos que periódicamente habían venido recetando a la señora Zuluaga, examinados en declaraciones que corren en los autos, conceptuaron sobre la integridad mental de la señora Zuluaga por los días en que otorgó testamento.

En el concepto de que se habla no intervino perito designado por los interesados en la causa de la señora Zuluaga, de manera que tal concepto a lo sumo se podría considerar como una prueba sumaria trasladada. Y los conceptos técnicos de expertos producidos en otro juicio, "no son prueba legal de peritos sino peritaciones extrajudiciales cuya apreciación se hace en consonancia con los principios generales de la equidad", ha dicho la Corte (G. J. Tomo LXIV, pág. 404).

Pero hay algo más: la vigencia en este juicio del concepto pericial Parra-Vélez Márquez no puede afirmarse con la fuerza de convicción que le dá el recurrente. En caso semejante al que se estudia ha dicho la Corte:

"La Sala, concretándose al punto que ahora se debate, estima que el dictámen médico-legal, levantado en el juicio de interdicción de Antonio Cadavid, no tiene en el actual juicio ordinario completo valor, en perjuicio de las pretensiones del demandado, que no fue parte en aquel juicio especial (o al menos no está acreditado que lo hubiera sido); y para apoyar esta conclusión, reproduce y acoge lo expuesto en la sentencia de casación proferida el 7 de diciembre de mil novecientos veintitres, en el juicio de Ismael Pinilla contra Manuel José Higuera.

"..... .....

"Si el concepto de los peritos sobre este punto, por más determinante y categórico que fuese, tuviera carácter definitivo o decisivo, quedarían desde luégo condenados como nulos todos los actos y contratos ejecutados y celebrados por el demente antes del decreto de interdicción y sin defensa alguna los terceros que con él hubiesen contratado porque no les quedaría campo para acogerse a la presunción que consagra el inciso 2° del artículo 553 del Código Civil, puesto que de antemano quedaba establecido un estado habitual y permanente de demencia, anterior al decreto de interdicción, por virtud de un dictamen que los interesados en la validez de los actos del demente no han podido combatir, por falta de ocasión, y que ha sido dado por unos peritos en cuyo nombramiento no intervinieron, y a quienes hubieran podido recusar". (G. J. N° 1892, página 14).

Por último, ese concepto, que sirvió de base principal al dictamen Uribe Cualla-Rico, ya quedó absorbido por éste, y es en balde considerarlo como una prueba aislada en el presente juicio. Ya se dijo, y lo ha afirmado el recurrente, que tal concepto sirvió de base principal al dictamen Uribe Cualla-Rico.

Sobre esta prueba trasladada de los facultativos Parra y Vélez Márquez, dijo el Tribunal:

"El dictamen de los doctores Parra y Vélez, que debe considerarse en este juicio, como prueba trasladada, fue omitido en virtud de los reconocimientos y exámenes que dichos facultativos practicaron a la señora Zuluaga, en los días 4, 5 y 6 de diciembre de 1944, exámenes y reconocimientos que, según el decir de los galenos, fueron obstaculizados por algunos de los familiares de la reconocida. En las conclusiones del extenso dictamen, los citados médicos afirman que la señora Zuluaga padecía de demencia senil por la época en que fué reconocida, y sobre épocas an-

teriores dicen claramente: 'Las perturbaciones habidas en el organismo de la mentada señora se han acentuado últimamente, de manera paulatina, sobre todo a partir de la muerte de su señor esposo, el General don Pedro García Rivera, ocurrida en el año de 1940. Bien que su diabetes se haya remontado a tiempo muy atrás, sólo fué descubierta en 1932. Creemos que la muerte de su esposo constituyó la circunstancia más favorable para que su demencia empezara a hacerse ostensible' ".

En cuanto al dictamen Uribe Cualla - Rico, practicado sí dentro del juicio, el cual recogió todas las pruebas del expediente sobre la enfermedad de la señora Zuluaga —indicios que puedan deducirse de su prodigalidad y mala administración de sus bienes, declaraciones de testigos, etc.— el Tribunal expuso lo siguiente:

"Los doctores Sánchez, Uribe Cualla y Rico, no examinaron a la testadora, y sus conceptos los basaron en los datos existentes en el expediente, puestos a su disposición, y especialmente en el dictamen de los doctores Parra y Vélez. Visto quedó ya, que el primero consideró errado el concepto de los doctores Parra y Vélez, por defectos de técnica y errada interpretación de los síntomas; que el segundo expuso, que en septiembre de 1942 'cuando ya habían surgido grandes dudas sobre la personalidad psíquica de la testadora se encontraba en el principio de una demencia senil', y también dijo: **'Es claro que una vez hecho un diagnóstico de una demencia senil avanzada, no es posible precisar matemáticamente cuándo ella retrospectivamente pudo iniciarse;** pero si por los antecedentes y datos conocidos, su herencia psicopática, su diabetes antigua y estado de arterioesclerosis generalizada, los muchos choques morales recibidos, se puede concluír que hacia el año de 1942 ya presentaba signos de **un estado por lo menos predementicial"** (el subrayado es del Tribunal), y que el tercero adhirió el concepto del segundo y también expuso: 'Acepto y acato el luminoso dictamen de los peritos de la parte actora, doctores José del C. Parra y Julio Vélez Márquez, por ser el acto toral, por así decirlo, que permite formular con certeza, no solamente el diagnóstico de demencia senil confirmada en 1945 con la señora Sebastiana Z. v. de García, **sino por cuanto esta pericia, auténticamente documentada, hace presumir con muchísimas probabilidades de acierto, que para la fecha del 19 de septiembre de 1942,** en que la señora otorgara su testamento, ya padecía de aquella psicopatía demencial' (El subrayado es del Tribunal)".

El Tribunal, refiriéndose ya a los dos dictámenes, los abarca con esta declaración:

"Como muy claramente puede verse, tanto los facultativos que dictaminaron en la prueba trasladada, como los que intervinieron en la pericia practicada en este juicio, y que conceptuaron afirmativamente sobre la demencia senil que padeciera doña Sebastiana por la época en que fue reconocida, se muestran dubitativos en lo que respecta a la presencia de dicha enfermedad mental, en períodos anteriores al mes de diciembre de 1944. En efecto, la manifestación de que se cree que un determinado insuceso constituyó una circunstancia, para que una enfermedad mental empezara, no es una afirmación categórica que indique claramente que así debió acontecer necesariamente, sino apenas el planteamiento de una hipótesis, que permite conjeturar que muy posiblemente la enfermedad se desarrolló en esa forma. Igual cosa puede decirse de la manifestación del perito doctor Rico, cuando expresa que las conclusiones sacadas de los exámenes verificados en el último mes del año de 1944, apenas hacen presumir con muchísimas probabilidades de acierto que para el año de 1942, ya se había presentado la demencia. Y no resulta ocioso recalcar la opinión unánime de los facultativos, que diagnosticada una demencia senil, no es posible precisar matemáticamente cuándo ella retrospectivamente pudo iniciarse, y por ello hablan 'de un estado por lo menos predementicial' (doctores Rico y Uribe Cualla)".

Fuera de éste, y refiriéndose ya el Tribunal a las otras probanzas distintas de aquellos dictámenes, expresa:

"El resto de las pruebas aportadas por la parte actora, apenas tienen el carácter de indicios, que se destinaban especialmente a suministrar datos a los psiquiatras, sobre antecedentes familiares y de conducta de la señora Sebastiana y que el Tribunal no puede estimar como prueba concluyente y demostrativa de la presencia de la enfermedad mental en 1942, porque no todas las personas que administran negligentemente sus bienes, o muestran marcada preferencia por algunos de sus familiares pueden considerarse como enfermos mentales. Eran los expertos los que debían, en virtud de esos datos, llegar a determinadas conclusiones, si compaginados con otros, era posible científicamente. Anotado quedó ya, que apenas hablaron de probabilidades".

Y reunidas todas esas porbanzas, las directas de los facultativos, y las que sirvieron a éstos para dictaminar sobre la enfermedad, concluye el Tribunal así, según se copió atrás: "Vistas así las

cosas, resulta claro que los peritos psiquiatras no han ofrecido al juzgador la prueba de un hecho científico determinado, como es el que la señora Sebastiana Zuluaga vda. de García hubiera padecido de demencia senil, en los últimos meses del año de 1942, y por lo tanto, tal prueba, no se destaca con la absoluta nitidez y precisión que se requería, para poder obtener la anulación por la justicia del testamento atacado".

Todo este examen le dejó al Tribunal una grave duda, que se avivó con lo siguiente:

a) La circunstancia de que los médicos que trataron a la testadora durante un período largo han declarado que no observaron en ella ningún síntoma de enfermedad mental, no obstante que tuvieron oportunidad de examinarla repetidas veces y en diversas épocas.

b) La circunstancia de que uno de los médicos de la familia, ante las preocupaciones de uno de los hijos de la señora, quien abrigaba temores sobre enfermedad mental de su madre, hizo examen especial de ésta, tendiente a comprobar el hecho, con el resultado de que no existía tal enfermedad.

c) Lo que afirma el Reverendo Padre Jáuregui, confesor y consejero permanente de la señora Zuluaga, acerca de la lucidez mental de ésta por los días del testamento.

d) Lo que dijo el notable especialista doctor Luis Jiménez López: nombrado éste perito tercero dentro del juicio, se retiró del cargo después de haber estudiado el expediente "con el debido detenimiento", y de haberse dado cuenta de "elementos totalmente contradictorios, tanto de orden médico-psiquiatrico como de origen particular"; y se retiró "porque no le era posible viajar a los Municipios de Villavicencio, El Fresno y el Líbano para recoger personal y técnicamente otros muchos elementos de juicio de distinto origen, indispensables para emitir concepto suficientemente fundado e inspirado en plena conciencia y responsabilidad" (fol. 91 Cuad. 2).

e) Lo que expresan varios testigos, entre ellos el Notario ante quien se otorgó el testamento, en relación con las buenas condiciones mentales de la señora Zuluaga por la época en que testó.

f) El rechazo tan franco del perito principal doctor Sánchez, especialista notable, quien estuvo en absoluto desacuerdo no sólo con el dictamen de sus compañeros Uribe Cualla y Rico, sino con el concepto de los médicos Parra y Vélez Márquez. Sobre este concepto expresó lo siguiente:

"**Tercera.**—Del análisis de los datos del expediente, no resulta, científicamente, como se ha demostrado, ningún dato que permita suponer en la señora Sebastiana Zuluaga v. de García, la existencia de una disposición psicopática que la predispusiera al estallido de una enfermedad mental, de carácter permanente y de evolución sostenida.

"**Cuarta.**—Ni en los antecedentes anteriores a su testamento, ni en el curso de su vida conyugal, ni en su vida íntima ni social, ni en la época posterior a ese testamento, figura que la señora Sebastiana Zuluaga vda. de García, hubiese presentado aberraciones en la conducta, ni crisis demenciales, de excitación, de depresión o delirantes, que permitan sospechar la existencia de una enfermedad psíquica de larga evolución.

"**Quinta.**—En el año de 1942, época en que la señora Sebastiana Zuluaga v. de García otorgó testamento, tenía cerca de setenta años, estaba en plena vejez, pero los médicos de cabecera que por entonces la trataron para su diabetes, dan fe que no observaron ningún síntoma de desviación psíquica.

"**Sexta.**—Dos años después del acto testamentario, la señora Sebastiana Zuluaga v. de García, fue examinada por peritos, quienes encontraron síntomas de un estado demencial. Pero como lo he demostrado, esos exámenes fueron mal hechos, los datos mal interpretados y por consiguiente, las conclusiones son falsas.

"**Séptima.**—En los exámenes de los peritos, he notado la existencia de **graves errores de conocimiento en la ciencia de las enfermedades mentales**, los cuales los incapacitaban, científicamente, para pronunciarse en tal o cual sentido, frente a un caso clínico cualquiera. El diagnóstico de esos expertos, lo impugno por **grave error psiquiátrico.**

"**Octavo.**—Ese error, se debe a la defectuosa interpretación de los signos que encontraron en el curso del examen de la señora Sebastiana Zuluaga v. de García. Correctamente interpretados tales signos, no pueden ser interpretados como pertenecientes a un estado demencial, sino partícipes funcionales del estado diabético de la señora y de su vejez.

"**Novena.**—Siendo la demencia senil, en cualquiera de sus formas, una enfermedad mental grave, con profundo deterioro orgánico de la mentalidad, que se manifiesta en los enfermos en una absoluta incapacidad de vida familiar, social y personal, lo cual obliga a la reclusión de dichos pacientes, y no habiendo encontrado en el expe-

diente, por boca de ninguno de los peritos o de los testigos, un documento clínacamente sólido que sostenga ese diagnóstico; existiendo por el contrario abundancia de pruebas en favor de la sanidad psíquica de la señora Sebastiana,

"CONCEPTUO:

"Décima.—La señora Sebastiana Zuluaga v. de García, en el momento de otorgar testamento, no padecía de ninguna anomalía psíquica de carácter grave, de ningún estado demencial senil".

La Sala ha confrontado cuidadosamente el análisis que del haz probatorio ha hecho el Tribunal frente a las constancias procesales, y encuentra que ese análisis se ajusta con exactitud a esas constancias; ha estudiado las conclusiones en derecho de la sentencia recurrida, y las encuentra inobjetables; encuentra también razonables las dudas del Tribunal que lo llevaron a no reconocer plena prueba a las exposiciones de los peritos; y encuentra, sobre todo, ésto: que a las conclusiones y consideraciones del Tribunal no se les puede apuntar un error de hecho que aparezca en los autos "de modo manifiesto", es decir, indudable, preciso, de inmediata percepción, sin necesidad de raciocinio para que la mente lo capte en su completo significado.

Si pues el Tribunal, con razones jurídicas, llegó a la conclusión de que el expediente no arroja prueba plena sobre la demencia de la señora Zuluaga al momento de firmarse el testamento, no se violaron en la sentencia los textos legales a que el recurrente se refiere, y el cargo resulta así improcedente.

Cargo segundo:

Se expresó en la demanda de casación que el primer cargo estaría concretado a la prueba pericial, y ciertamente, allí se le estudió a espacio; mas no obstante, este segundo cargo se introduce afirmándose que el Tribunal apreció incorrectamente la prueba de peritos, y que además hubo violaciones de derecho en la apreciación de las demás pruebas del expediente. Y andando dentro de este cargo, se tropieza a cada paso con argumentaciones en contra de lo resuelto por el Tribunal en relación con aquella prueba, asunto tratado extensamente en el Cargo Primero, y sobre el cual no puede ya volver la Sala.

Debe entonces versar este estudio sobre las demás pruebas de que habla el recurrente, aunque a decir verdad, todas ellas se reducen al dictamen pericial Uribe Cualla-Rico, pues fueron solicitadas precisamente para que sirvieran de base a la exposición de estos peritos, debido a que la señora Zuluaga ya había muerto. Por eso se dijo atrás que el dictamen pericial había absorbido todas las demás probanzas del expediente. Y que ésto es así, lo dice el recurrente en este párrafo de su demanda: "Los peritos tuvieron en cuenta no solamente la información a que se refiere la sentencia sino todos los elementos de juicio que constan en el expediente (testimonios, documentos, informes de los médicos que la examinaron y testificaron su demencia para la declaración que luego hizo la justicia ordinaria de ser incapaz por alienación mental) con el fin de decidir si existía la causa compleja que configura la demencia suficiente para invalidar su testamento. Y esos peritos, expertos en psiquiatría, de una manera clara, positiva y precisa diagnosticaron en verdad la existencia de la demencia senil el 19 de septiembre de 1942 fecha en que se otorgó el testamento".

Practicadas, pues, las pruebas del expediente como información para los peritos, ellas quedaron refundidas en el dictamen de éstos, y no debieran servir de motivo a nuevas acusaciones contra la sentencia. Mas no obstante, quiere la Sala hacer un esfuerzo de examen sobre esas pruebas a que el recurrente se refiere. Y se dice ésto porque es tan difuso y desordenado este cargo segundo, al cual se le dedicaron muchas páginas y en el cual se citan como violados una serie muy grande de textos legales, que no es cosa fácil sintetizarlo y ponerlo en situación de estudio, desentrañando de ese como alegato de instancia, los que puedan ser temas de casación.

Se queja el recurrente:

a) De que el Tribunal no dió valor como prueba de la demencia a hechos tan concluyentes como la negligente administración de sus bienes por parte de la señora Zuluaga, su prodigalidad y su marcada preferencia por algunos de sus familiares, con lo cual se comete un error, pues considera el Tribunal "que tiene derecho, o poder, o facultad para apreciar esos hechos con su criterio, como si éstos pudieran ser analizados por cualquier persona y no precisamente por expertos". Y agrega que como la ley indica precisamente los medios de prueba, se desconoció el artículo 601 del C. Judicial que enseña que las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal.

b) De que el Tribunal no tiene facultad de interpretación de las conclusiones de los peritos, porque a ello se opone el artículo 722 del C. Judicial y "apenas sí pueden valorar la firmeza de convicción de los hechos en que se han fundado los peritos, de los documentos, de las declaracio-

nes utilizadas por el perito, pero en ningún caso discutir la razonabilidad de las deducciones de esos peritos". Y por no entenderlo así, dice, se violaron los artículos 601, 705, 716, 722 y 820 del C. Judicial, y como consecuencia, los artículos 553 ordinal 2º, 1502, 1503, 1504 y 1741 del C. Civil, y 593 del C. J.

c) De que el Tribunal no tuvo en cuenta lo que manifestaron los expertos acerca de que la testadora estaba absolutamente incapacitada para celebrar cualquier acto o contrato, lo que quiere decir que estaba incapacitada para la vida jurídica, con lo cual se cometió un error de hecho y la no aplicación de los artículos 705, 716, 722 y 820 del C. Judicial, ya que le estaba vedado discutir las conclusiones científicas de los expertos, y como consecuencia, se han violado también los artículos 553 ordinal 2º, 1502, 1503, 1504 y 1741 del C. C. y 593 del C. J. (los mismos artículos del aparte anterior).

d) De que el Tribunal dió valor a las declaraciones de médicos que dicen que no observaron en la testadora la existencia de ningún síntoma de demencia durante un lapso largo en que la trataron, siendo así que se trataba de declaraciones negativas; y dió valor también a la declaración del Padre Jáuregui, negativa como las otras, todo por encima de la afirmación hecha por los expertos llamados a dictaminar sobre la demencia. Con lo cual se violó el artículo 722, y se incurrió en error de derecho, porque no admitiendo la ley la prueba testimonial para establecer la demencia, se concluye, frente a aquellas pruebas, que la testadora no estaba mentalmente enferma al otorgar su testamento, con lo cual se violaron los artículos 596, 697, 705, 716, 722 y 820 del C. J., y como consecuencia, el ordinal 2º del artículo 553 del C. C., el 593 del C. J. y los artículos 1502, 1503, 1504 y 1741 del C. C. (artículos casi todos citados atrás).

e) De que el Tribunal no le hubiera reconocido valor a la prueba trasladada de los médicos Parra y Vélez Márquez, con lo cual se cometió un error de derecho que llevó a la violación de los artículos 716, 722, 597 y 601 del C. J., y los artículos 553 ordinal 2º, 1502, 1503, 1504, 1741 del C. C., y 593 del C. J. (la misma serie citada en varias partes).

Es de anotar que todos o casi todos los textos legales de que trata este cargo, fueron citados también como violados en el cargo anterior.

Sobre estas quejas, se considera:

1º Lo relacionado con la descuidada administración de la testadora, con su prodigalidad, con sus afectos dedicados especialmente a algunos de sus parientes, son simples indicios que el Juez puede apreciar y valorar con independencia, sin que se pueda decir con razón que con esa apreciación viole determinados textos legales, a no ser que éste dé margen a un error de hecho evidente, que aquí no se ha configurado.

2º Lo relacionado con la no aplicación del artículo 772, y con las supuestas violaciones de textos legales como consecuencia de la mala apreciación de aquel artículo, por no haber atendido el Tribunal las conclusiones de los peritos, es punto tratado extensamente en el cargo primero.

3º Acerca de que el Tribunal no tuvo en cuenta lo expresado por los expertos en el sentido de que la testadora no era apta para la vida jurídica al otorgar el testamento, es preciso expresar, en primer lugar, que a los peritos no les es dado sacar conclusiones en derecho porque ello corresponde a los jueces, y en segundo lugar, que lo relacionado con la enfermedad mental de la testadora ya quedó tratado atrás.

4º Lo que se refiere al valor que el Tribunal dió a declaraciones de médicos que por período largo examinaron a la testadora; a la declaración del sacerdote consejero de la señora Zuluaga y a los demás hechos indiciarios, no puede dar ocasión a las violaciones legales que apunta el recurrente, porque como se ha dicho, el Tribunal podía apreciar libremente esos indicios para formar criterio con el examen de todos los elementos de convicción, sin que ésto pueda acusar sino por error de hecho evidente, que de ninguna manera aparece de los autos. Al Tribunal no lo convenció la prueba pericial sobre la demencia de la testadora; lo asaltó la duda sobre todo en cuanto al período retrospectivo que debía comprender la fecha del testamento, y reforzó su convicción con una serie de indicios, entre los cuales se hallan las declaraciones de aquellos médicos, y otras más. De esta suerte, el sentenciador tomó en consideración para su fallo un conjunto de elementos probatorios, que analizados y avaluados constituyeron para el Tribunal un seguro derrotero en la formación de su conciencia jurídica, que la Sala no puede ni debe desconocer porque a más de respetable, es fundada en derecho.

5º Ya se hizo estudio sobre el valor que tenga para el caso la prueba trasladada, o sea, el dictamen de los médicos Parra y Vélez Márquez, y quedó visto también que por este aspecto el Tribunal no violó ninguna norma sutantiva.

Y como no hay prueba plena en el expediente que destruya la presunción legal de capacidad de que trata el artículo 1503 del C. Civil, quedan en todo vigor las siguientes normas legales: por re-

gla general es hábil para testar toda persona natural, según el artículo 1061 del C. Civil, con las excepciones de este mismo artículo, entre las cuales se anota el que se hallare en interdicción por causa de demencia; los actos realizados con anterioridad al decreto de interdicción son válidos, según el artículo 553 del citado código.

No estando fundado ninguno de los cargos presentados por el recurrente, 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 siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, dictada por el Tribunal Superior de Ibagué.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Gerardo Arias Mejía.—Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

LOS DEPENDIENTES DEL NOTARIO ESTAN INHABILITADOS PARA ACTUAR COMO TESTIGOS INSTRUMENTALES O A RUEGO. — LA INTERVENCION DE UN TESTIGO INHABILITADO PARA SERLO, NO ES CAUSA DE NULIDAD DEL ACTO O CONTRATO QUE SE CONTIENE EN EL INSTRUMENTO

1.—Cualquiera que sea la doctrina que se acoja sobre la naturaleza del vínculo laboral entre patrón y trabajador, la relación de dependencia permanece, auncuando hoy día no sea la admitida con el rigor y los alcances que entaño se le dieron. Y la aplicación de los artículos 2586 y 2587 del C. C., en cuanto prohiben que los testigos instrumentales y a ruego tengan la calidad de dependientes o subalternos del Notario, no puede eludirse so pretexto de que hoy el vínculo no priva al trabajador de su personería ni lo convierte en siervo al servicio discrecional de un patrón omnipotente.

2.—Podría pensarse que la falta del requisito de los testigos instrumentales o a ruego (en el sentido de que estén impedidos para tal actuación), constituye una causa de nulidad el contrato o acto que se celebra, en consideración a la calidad de las partes o a la naturaleza misma del acto o contrato. Sinembargo, esta afirmación es apenas consecuencia de un examen superficial del problema.

El artículo 2595 del C. Civil distingue claramente dos clases de nulidades: las del instrumento en sí, que son únicamente aquellas que allí mismo se señalan; y las del acto o contrato, que son las consagradas en los arts. 1740 y 1741 del mismo Código. Entre los diversos requisitos del instrumento, está la calidad de los testigos instrumentales o a ruego, en cuanto no deben ser parientes o subalternos del Notario o de las partes, etc. Pero tal requisito no fue incluído como causa de nulidad del instrumento en el artículo 2595, pues allí se habla de la falta de la firma entera de los testigos, y no se dice que a pesar de haber firmado el instrumento en debida forma estén en algunos de los casos de inhabilidad consagrados por el Código. Se observa que el artículo 333 de la Ley 57 de 1887 reformó el 2595, al establecer que no es causa de nulidad el no haber firmado los testigos en forma completa, si se trata de personas conocidas.

Por otra parte, las causas de nulidad del acto o contrato propiamente dicho, no miran en absoluto a la calidad de los testigos y ni siquiera a la presencia o ausencia de testigos en su celebración. Ellas se refieren a la calidad de las partes (ser mayor de edad, no estar en interdicción ni ser sordomudo que no pueda darse a entender por escrito), al objeto, a la causa y a los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La ley requiere escritura pública para el mandato con el fin de enajenar inmuebles. Si la escritura pública se otorga, el contrato cumple el requisito legal. De otro lado, las causas de nulidad del instrumento no son cualesquiera informalidades, sino únicamente las señaladas taxativamente por la ley, las cuales no es dable extender por vía de analogía. Y en ninguna parte se dice que sea causa de nulidad del instrumento la concurrencia de un testigo instrumental o a ruego afectado por alguno de los impedimentos señalados en el artículo 2587 del Código Civil.

La firma del testigo inhabilitado para serlo, implica una falta en la forma del instrumento, no un defecto en el acto o contrato que en aquél se contiene.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil A.—Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez)

De conformidad con lo expuesto por el apoderado del actor en el recurso de casación y las piezas que obran en el proceso, son antecedentes del caso sub-judice: En el juicio de sucesión de Jesús María Castrillón fueron adjudicados a la

cónyuge supérstite señora María Hortensia Osorio v. de Castrillón dos inmuebles ubicados en la ciudad de Armenia: un lote de terreno que hace parte de la finca llamada de "Los Naranjos"; y un solar situado en el punto llamado "La Sapera" (fs. 16, 17, cuaderno 2°). La señora María Hortensia Osorio viuda de Castrillón residía en su finca de "Los Naranjos" en Armenia y ya de avanzada edad (80 años), por medio de la escritura número 1º de 2 de enero de 1941 otorgada ante el Notario de Montenegro, dijo conferir poder general a Justo Pastor Ramírez para la administración y disposición de todos sus bienes y para que la representara en toda clase de juicios. Tanto la poderdante como el apoderado Ramírez eran vecinos de Armenia, pero en la escritura mencionada quedaron figurando como vecinos de Montenegro y allí obtuvieron sus comprobantes de paz y salvo para el acto notarial aludido. En la escritura de poder general firmó a ruego de la poderdante el señor Guillermo Quintero Villa, quien a la sazón era el empleado amanuense y dependiente del Notario de Montenegro y como tal escribió de su puño y letra el texto de dicha escritura. Tal instrumento fue registrado en Armenia el 10 de enero de 1941. Y ese mismo día el apoderado general, Justo Pastor Ramírez, puso término a la administración de los bienes raíces de propiedad de su poderdante, vendiéndolos a la señora Teresa Ceballos de Olarte en escritura Nº 38 otorgada ante el Notario Segundo de Armenia. En esta escritura, que sólo guarda diferencia de ocho días con la de poder general, ya el señor Ramírez figura como **vecino de Armenia** (folios 3 y 4 Cuad. 1°).

Al tiempo del otorgamiento de esta escritura de compraventa los bienes objeto de la enajenación estaban embargados dentro del ejecutivo de José Nereo Olarte contra María Hortensia Osorio v. de Castrillón (Certificado Registrador fol. 22, Cuad. 2º).

La poderdante María Hortensia Osorio v. de Castrillón murió en la finca de "Los Naranjos", en Armenia, el 15 de febrero de 1941 (fol. 10 y v. Cuad. 1°).

Teresa Ceballos de Olarte vendió dos porciones de la finca "Los Naranjos" en días sucesivos y en diferentes notarías: una a Luis Alfredo Loaiza y Elvira García, por escritura Nº 545 de 17 de junio de 1941, otorgada en la Notaría Primera de Armenia (fol. 19, Cuad. 2º); la otra a Gabriel Villa A. por escritura 635 de 18 de junio de 1941, otorgada en la Notaría 2ª de Armenia (f. 20, Cuad. 1º).

A su turno, Luis Alfredo Loaiza y Elvira García vendieron a José Israel Henao G. por escritura Nº 648 de 10 de mayo de 1943, Notaría Segunda de Armenia, lo que habían comprado a Teresa Ceballos de Olarte, exceptuando alguna pequeña parte (fs. 25 y 26 Cuad. 1º).

Y José Israel Henao G., mediante escritura Nº 564 de 20 de abril de 1945 otorgada en la Notaría Primera de Armenia, constituyó hipoteca sobre el inmueble materia de esta compra en favor del acreedor Jesús Buriticá para garantizarle un crédito de $ 2.500.

Teresa Ceballos de Olarte constituyó hipoteca sobre el solar de "La Sapera" en Armenia que aún conserva, gravamen establecido mediante escritura Nº 2064 de 16 de octubre de 1946 otorgada en la Notaría Segunda de Armenia, en favor de Heriberto Osorio Vélez para garantizarle un crédito de $ 230 (fol. 40, Cuad. 1º).

El litigio.—Con base en los hechos relatados la Sra. Clara Rosa Castrillón, hija legítima de María Hortensia Osorio v. de Castrillón, promovió acción ordinaria ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia contra Justo Pastor Ramírez, Gabriel Villa A., José Israel Henao G., Teresa Ceballos de Olarte, Jesús Buriticá y Heriberto Osorio Vélez, para obtener la nulidad de la escritura Nº 1º de 2 de enero de 1941 otorgada ante el Notario de Montenegro, contentiva del poder general conferido por María Hortensia Osorio v. de Castrillón a Justo Pastor Ramírez; y consecuencialmente la declaración de que el contrato de venta relacionado en la escritura N° 38 de 10 de enero de 1941 no tiene valor legal y carece de efectos jurídicos; que, por lo mismo, la sucesión intestada e ilíquida de María Hortensia Osorio v. de Castrillón, representada por la actora, es propietaria de los inmuebles determinados en la aludida escritura Nº 38; que los actuales poseedores de esos bienes, Gabriel Villa A., José Israel Henao G. y Teresa Ceballos de Olarte, deben restituírlos a la dicha sucesión; que los gravámenes reales constituídos sobre esos bienes no obligan a la sucesión propietaria y se debe ordenar la cancelación de las inscripciones respectivas; que se ordene la cancelación de las escrituras contentivas del poder general y de las relacionadas compraventas; y que se condene a los demandados a las prestaciones de la ley y a las costas procesales en caso de oposición. La demanda anterior fue adicionada por memorial de 20 de junio de 1947 en el sentido de hacerla extensiva también contra Alfredo Loaiza y Elvira García, quienes se reservaron un pequeño lote

del terreno de "Los Naranjos" al venderle a José Israel Henao G. lo que habían comprado a Teresa Ceballos de Olarte (f. 48, Cuad. 1º).

El Juez del conocimiento halló demostrado en autos que Guillermo Quintero Villa, firmante a ruego de la otorgante María Hortensia Osorio v. de Castrillón en la escritura Nº 1º de 2 de enero de 1941, pasada ante el Notario de Montenegro, era "por entonces dependiente o subalterno de aquella Notaría, lo que le inhabilitaba para ser testigo instrumental y consecuencialmente para firmar a ruego de los otorgantes". Y considerando que se había incumplido un requisito sustancial para la validez de un acto solemne como es el otorgamiento de un poder general, en sentencia de 5 de febrero de 1949 decretó la nulidad absoluta del dicho instrumento notarial, la invalidez de la escritura por la cual el apoderado presunto vendió los bienes, y la restitución de éstos a la sucesión intestada e ilíquida de María Hortensia Osorio v. de Castrillón; hizo la declaración de que los gravámenes constituídos sobre ellos no obligan a la sucesión mencionada y dió la orden de cancelación de los instrumentos contentivos de enajenaciones de los mismos.

Sentencia recurrida

Los demandados, a excepción de José Israel Henao G., apelaron de dicho fallo y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira resolvió el recurso en sentencia de 15 de diciembre de 1949, por la cual revoca la de primer grado, absuelve a los demandados y los releva de costas. Contra ella interpuso recurso de casación el apoderado de la parte actora.

El recurso

Los tres cargos que el recurrente formula contra el fallo de segunda instancia invocan la causal primera del art. 520 del C. J. Se resumen como sigue:

Primer cargo.—"En el caso de este pleito el sentenciador ha quebrantado de manera directa los artículos 6º, 1740, 1741, 1748, 2577, 2586, 2587, 2595 y concordantes del C. C., 255 del C. J. y por falta de aplicación los artículos 950, 952, 961, 964 y 969 del mismo C. C. "... "Para el Tribunal, (dice el recurrente) el señor Quintero Villa era el empleado subalterno del Notario en el momento de suscribir el instrumento a ruego de la poderdante María Hortensia Osorio v. de Castrillón. Como subalterno del notario, no podía dar esa firma por expresa prohibición legal, y entonces la violación del precepto legal imponía la nulidad del acto en que se cometió. Sinembargo el sentenciador desobedeció en manera franca los mandatos que establece la nulidad y se negó a pronunciarla, razonando, dizque conforme al método de la escuela científica, que hoy el empleado no tiene una dependencia disminuyente de su personalidad frente al patrón, sino que es su socio en la producción de la riqueza, para concluír así: "Con la desaparición de la dependencia anotada, desapareció también la finalidad social pretendida con la norma que se comenta, y si la inhabilidad testimonial del empleado se fundó en ella, como se desprende del texto del art. 2587 cuando asimila los dependientes a los domésticos y subalternos del Notario, es lógico apenas que dicha inhabilidad no tenga hoy la operancia que tuvo cuando fue dictada la norma que la instituyó, porque se ha debilitado en su fundamento racional, y en consecuencia, en la hipótesis de que sobreviva dicha ineptitud testimonial de un empleado, su vigencia es demasiado relativa y débil, por lo cual no es suficiente a herir de nulidad el instrumento público suscrito por el ayudante del notario como testigo".

Más adelante transcribe el recurrente el siguiente párrafo del fallo: "El Tribunal dice que "Cuando una ley sea oscura, anfibológica, o haya envejecido hasta el punto de hacerse inadaptable a las necesidades del momento,... el Juez... podrá poner en práctica para el caso que lo ocupa, los principios generales de derecho, manifestaciones de equidad natural".

El recurrente refuta los conceptos del Tribunal y expresa las razones que tuvo el legislador para exigir de erminados requisitos en los testigos instrumentales. Concluye manifestando: "Los principios generales de derecho a que dice acudir el sentenciador no son los aplicables en el caso presente. Porque éste cae bajo las normas precisas, claras y expresas del C. C.". Por tal motivo —agrega— violó también de manera directa el citado artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Segundo cargo.—"Incurrió el Tribunal sentenciador —dice el recurrente— en violación directa de la ley por no aplicación e interpretación errónea de los arts. 740, 742, 752, 764, 766, 768, 964, 947, 950, 952, 961, 1740, 1741, 1746, 1748, 6º y concordantes del C. C. y 8º de la Ley 153 de 1887". En seguida transcribe los siguientes conceptos del Tribunal: "Aún aceptando por vía de estudio que la firma de Quintero Villa puesta al pie de la escritura Nº 1 como testigo rogado instrumental, hubiera viciado de nulidad el mandato conferido a

Ramírez, esa ineficacia no afectaría a los demandados Ceballos de Olarte, Villa Alvarez y Henao G., por su condición de terceros adquirentes y poseedores de buena fe calificada como exenta de culpa, ya que el hecho apuntado como generador del vicio se hallaba en el momento de otorgarse las escrituras números 38, 635 y 648 referidas, fuera del alcance y conocimiento no sólo de estos compradores y del hombre común habituado a compra-vender inmuebles en Armenia, sino también de cualquier profesional jurisperito, dedicado al examen de títulos y de la tradición de inmuebles". Y prosigue el recurrente: "Ya se demostró en el cargo anterior que el instrumento Nº 38 contentivo del poder general es inválido conforme al art. 2595 del C. C. por faltarle la formalidad sustancial de la firma de la otorgante, o de un testigo rogado que hubiera sido legalmente capaz; y que el hecho de haber firmado a su ruego un testigo inhabilitado para hacerlo —el empleado del notario— contra la prohibición expresa del artículo 2587 en armonía con el 2586 del C. C., acarrea la nulidad del acto o contrato, según los artículos 6º, 1740 y 1741 del C. C., nulidad que es absoluta por tratarse de la omisión de requisito exigido ad solemnitatem, en razón de la naturaleza del contrato.

Ahora bien, si el señor Ramírez obró dentro de un poder general inválido, no tuvo efectivamente la representación de la dueña de los bienes para transferirlos a Teresa Ceballos de Olarte; careció de facultad de transferir el dominio, no hubo tradición. "Si el tradente no es el verdadero dueño de la finca que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los trasmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada", dice el art. 752 del C. C. **"Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet".**

No habiendo podido el presunto apoderado general transferir la propiedad de los bienes de María Hortensia Osorio v. de Castrillón, éstos realmente siguen en el patrimonio de ésta —hoy su sucesión —representada por los herederos de dicha señora, entre los cuales se cuenta la actora Clara Rosa Castrillón, hija legítima de aquélla. Y para esa sucesión se pueden reivindicar contra terceros poseedores, una vez declarada la nulidad pedida, conforme lo dispone el art. 1748 del C. C., en virtud del precepto del art. 1746, de la misma obra que ordena restituir a las partes al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto nulo'.

Tercer cargo.—Dice el demandante en casación: "Al dar validez al contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 38 de 10 de enero de 1941, que tuvo objeto ilícito por estar entonces embargados los bienes materia del contrato, violó el Tribunal de manera directa e indirecta los artículos 1502, 1521, 1740, 1741, 1746, 1748 y concordantes del C. C., así como los citados en el primer cargo, relativos a la reivindicación por haberse dejado de aplicarlos. Que existía embargo judicial sobre los bienes vendidos lo dice el certificado del Registrador de Armenia (fol 22, Cuad. 2º), donde dice que el registro de la escritura Nº 38 de 10 de enero de 1941, notaría segunda de Armenia "se efectuó no obstante existir un embargo vigente sobre tales inmuebles". Y que "es verdad que uno de los bienes (finca llamada "Los Naranjos") que se vendieron por la escritura Nº 38 de 10 de enero de 1941, de cuyo registro se habló en el numeral anterior, estaba embargado al verificar la inscripción correspondiente, en el juicio ejecutivo de José Nereo Olarte contra María Hortensia Osorio v. de Castrillón, pues el embargo sólo fue cancelado el 22 de marzo de 1943, según se desprende del fl. 248 del Libro de Cancelaciones del mismo año". El Tribunal —añade el recurrente— nada dijo sobre la nulidad que surge de esa venta del bien embargado, dejó de apreciar el certificado del Registrador aludido, y esta omisión lo condujo a dar por válido el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 38 citada, así como a los contratos que con base en ella se celebraron después sobre los mismos bienes, y a negar la reivindicación o restitución reclamada por la actora para la sucesión de María Hortensia Osorio v. de Castrillón, con claro quebrantamiento de los preceptos sustantivos comentados en este cargo por violación directa e indirecta, sino (sic) los apuntados en los cargos anteriores y relativos a tradición, posesión y reivindicación de bienes raíces. Para que haya objeto ilícito en la enajenación del bien embargado, basta con que el embargo esté vigente a tiempo de celebrar el contrato de donde nace la obligación".

Se considera:

Los dos primeros cargos se estudiarán en conjunto por su íntima relación, y en vista de que se alega en ellos la violación de los mismos textos legales.

Dos son los conceptos que fundamentan la sentencia recurrida y que se atacan en la demanda de casación: 1) Que en virtud de las doctrinas modernas sobre el vínculo laboral entre patrón y trabajador, a la prohibición de que sean testigos instrumentales los subalternos y dependientes del

Notario (art. 2587 del C. C.) no se le debe dar el alcance que en relación con el art. 2586 ibidem le asignó el Código; 2º) Que aún siendo nulo el mandato conferido mediante esa escritura, en razón de haber firmado como testigo a ruego un dependiente del Notario, dicha nulidad no produciría efectos contra los compradores que contrataron con el apoderado ficticio, en atención a su buena fe calificada como exenta de culpa.

Para demostrar el equivocado contenido de la primera consideración del Tribunal es suficiente observar que cualesquiera que sean las teorías modernas sobre la naturaleza del vínculo qué une al patrón con el trabajador; (obrero o empleado), éste no deja de ser un subalterno o dependiente de aquél, pues precisamente el lazo de dependencia es una de las características sustanciales del contrato de trabajo. Tampoco se justifica que so pretexto de la humanización del concepto jurídico sobre el vínculo laboral y la defensa de la personalidad del trabajador frente al patrón, se deje de lado una norma legal tan terminante como la contenida en el art. 2587, que prohibe a los dependientes y subalternos del notario —no importa cuál sea la interpretación jurídica y la reglamentación legislativa de las relaciones que únen los primeros al último— servir de testigos instrumentales o a ruego, ya que éstos deben reunir las mismas condiciones de aquéllos, al tenor del art. 2586 in fine del mismo Código. También podría decirse, siguiendo el criterio del Tribunal, que no debe tenerse en cuenta la prohibición de que sean testigos instrumentales los cónyuges y descendientes de los otorgantes o del notario, porque los conceptos clásicos respecto a las potestades marital y paterna han sufrido grandes modificaciones en el derecho moderno, hasta el punto de no ser reconocidas como absolutas y discrecionales, sino como instituciones destinadas preferencialmente a la defensa de la mujer y del hijo; motivo por el cual se han restringido los derechos y facultades del marido y del padre sobre los bienes y personas de aquéllos. Y lo injurídico de tal afirmación excusaría todo comentario.

De manera que, como lo alega el recurrente, el Tribunal violó los artículos 2586 y 2587 del Código Civil, por falta de aplicación al caso de autos, al desconocer el carácter imperativo de la prohibición que se ha venido comentando.

El artículo 2595 del C. Civil no es aplicable a la hipótesis presente, porque este texto establece como causa de nulidad del instrumento la falta de la firma entera de los testigos instrumentales o de abono, y no se refiere al caso de que la firma sea completa pero el testigo se halle inhabilitado por alguna causal consagrada en la ley. Este mismo artículo advierte que las causas de invalidación del instrumento allí señaladas, producen efectos sin perjuicio de los motivos legales de nulidad de los actos o contratos que pasan ante los notarios.

Estima la Sala que no procede casar la sentencia recurrida, en vista de que la inhabilidad que el art. 2587 del C. C. establece para el testigo instrumental o a ruego que sea subalterno del Notario, no tiene el alcance que en la demanda de casación se le atribuye, es decir, no está consagrada como causal de nulidad del instrumento ni tampoco del contrato que en él se contiene. Por tanto no costituye mtivo de casación el hecho de haber estimado el Tribunal que en la actualidad no debe atenderse a dicha prohibición legal. Si bien tal concepto implica un error, él no tiene fuerza bastante para modificar las conclusiones del fallo.

Pruebas de la calidad de dependiente o empleado del testigo a ruego de la otorgante.

El Juez a quo hizo una exacta relación con las pruebas producidas al efecto en la primera instancia (fols. 78, vto. hasta 81 vto. Cuad. 1º). Por ahora es suficiente hacer el examen de las pruebas que pidieron y practicaron ambas partes en la segunda instancia.

La demandante adujo en legal forma las siguientes: Copias auténticas del nombramiento como Notario de Montenegro del señor Francisco Henao (C. 5 fol. 26), y certificado de la Secretaría de Gobierno del Departamento de que ejerció el cargo en el año de 1940. **Nueva declaración del ex Notario Francisco Henao** (fol. 56) conforme a la cual hasta el día dos de enero de 1941, fecha en que se otorgó ante él la escritura Nº 1 de ese año, no conocía siquiera de vista a los otorgantes de dicho instrumento señora Osorio v. de Castrillón y Justo Pastor Ramírez, e ignoraba que fueran vecinos de ese Municipio. Según el declarante, los testigos instrumentales sí estuvieron presentes al otorgarse la escritura y la señora Osorio v. de Castrillón sí rogo a Quintero Villa que firmara por ella.

Declaración de **Luis Carmona C.** Este testigo dice que durante los años de 1940 a 1946, cuando fue Notario Francisco Henao, Quintero Villa desempeñó el empleo de amanuense de la notaría de Montenegro y que se entendía con el público, suministraba informes, expedía copias, confeccionaba pólizas, escribía a mano o en máquina las escrituras y permanecía allí durante los días hábiles de tra-

bajo, mientras el Notario atendía de preferencia sus negocios particulares en un almacén situado en la calle del comercio.

Declaración de **Luis Ríos Cadena.** El deponente dice que no recuerda el nombre del cargo que ocupara Quintero Villa en la. Notaría cuando Francisco Henao era Notario, pero que daba los informes, se entendía con todo el rodaje de la oficina, expedía copia y redactaba pólizas de las escrituras, todo lo cual hacía en forma contínua durante los días de trabajo; agrega que Henao le prestaba mayor atención a su negocio particular y que ignora qué sueldo devengaba Quintero Villa (fol. 58).

Declaración de **Raimundo Mesa.** Este testigo instrumental de la escritura comentada, reconoce que su firma fue puesta en ella de su puño y letra y dice que estuvo presente en el otorgamiento, lo mismo que los otros testigos (fol. 59).

Declaración de **Eduardo González.** En términos similares a los expuestos por Carmona y Ríos, este testigo también afirma que Quintero Villa era amanuense de la Notaría en los años de 1940 y 1941 (fol. 60).

La parte demandada no trajo en la segunda instancia prueba alguna relativa a este punto.

El conjunto de pruebas relacionadas no deja la menor duda, en concepto de la Sala, de que el señor Quintero Villa era empleado de la Notaría de Montenegro desde mucho antes de otorgar la causante la escritura de poder general y ocupaba el cargo el día en que se otorgó el referido instrumento. La circunstancia de que no se conozca el sueldo que devengaba o que éste hubiera consistido en porcentajes o derechos sobre copias, otorgamientos, etc., no desnaturaliza el vínculo que lo unía al Notario, jefe de la oficina bajo cuya inmediata dependencia desempeñeaba sus funciones aquél.

Ya se vió cómo cualquiera que sea la doctrina que se acoja sobre la naturaleza del vínculo laboral entre patrón y trabajador, la relación de dependencia permanece, auncuando hoy día no se la admita con el rigor y los alcances que antaño se le dieron. Y, como allí mismo se dijo, la aplicación de los artículos 2586 y 2587 en cuanto prohiben que los testigos instrumentales y a ruego tengan la calidad de dependientes o subalternos del Notario, no puede eludirse so pretexto de que hoy el vínculo no priva al trabajador de su personería ni lo convierte en siervo al servicio discrecional de un patrón omnipotente.

Lo cierto es que la calidad de dependiente o subalterno del Notario, como empleado de la Notaría, está demostrada en forma plena dentro del juicio.

Consecuencias legales de la firma como testigo instrumental o a ruego, de un dependiente o subalterno del Notario que autoriza la escritura.

Muy claros son al respecto los artículos 2595, 1740 y 1741 del Código Civil.

El art. 2595 dice que además de las causas de nulidad del instrumento allí expresadas lo son las que la ley consagra para los actos o contratos que pasan ante Notarios. Y los artículos 1740 y 1741 ibidem, disponen que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescriba para el valor del mismo acto o contrato según su especie, y que es nulo relativamente si la formalidad no cumplida se exige en consideración a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan. Por otra parte, el artículo 2586 del mismo Código advierte que todo acto o contrato que deba pasar ante Notario deberá suscribirse por dos testigos instrumentales y que si una parte no puede o no sabe firmar, lo hará a su ruego un testigo que reúna las mismas condiciones de los primeros. El art. 2587 agrega que tales testigos no pueden ser dependientes o subalternos del Notario ante quien se otorga el instrumento.

Podría entonces pensarse que la falta del requisito de los testigos instrumentales o a ruego (en el sentido de que estén impedidos para tal actuación), constituye una causa de nulidad del contrato o acto que se celebra, en consideración a la calidad de las partes o a la naturaleza misma del acto o contrato. Sinembargo, esta afirmación es apenas consecuencia de un examen superficial del problema.

El artículo 2595 del C. Civil distingue claramente dos clases de nulidades: las del instrumento en sí, que son únicamente aquellas que allí mismo se señalan, y las del acto o contrato que son las consagradas en los artículos 1740 y 1741 del mismo Código. Entre los diversos requisitos del instrumento está la calidad de los testigos instrumentales o a ruego, en cuanto no deben ser parientes o subalternos del Notario o de las partes, etc. Pero tal requisito no fue incluído como causa de nulidad del instrumento en el art. 2595, pues allí se habla de la falta de la firma entera de los testigos, y no se dice que a pesar de haber firmado el instrumento en debida forma estén en alguno de los casos de inhabilidad consagrados por el Código. Se observa que el artículo 333 de la Ley 57 de 1887 reformó el 2595 al establecer que no es causa de nulidad el no haber firmado los testigos

en forma completa, si se trata de personas conocidas.

Por otra parte, las causas de nulidad del acto o contrato propiamente dicho, no miran en absoluto a la calidad de los testigos y ni siquiera a la presencia o ausencia de testigos en su celebración. Ellas se refieren a la calidad de las partes (ser mayor de edad, no estar en interdicción ni ser sordomudo que no pueda darse a entender por escrito), al objeto, a la causa y a los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La ley requiere escritura pública para el mandato con el fin de enajenar inmuebles. Si la escritura pública se otorga, el contrato cumple el requisito legal. De otro lado, las causas de nulidad del instrumento no son cualesquiera informalidades sino únicamente las señaladas taxativamente por la ley, las cuales no es dable extender por vía de analogía. Y en ninguna parte se dice que sea causa de nulidad del instrumento la concurrencia de un testigo instrumental o a ruego afectado por alguno de los impedimentos señalados en el artículo 2587 del Código Civil.

La firma de testigo inhabilitado para serlo implica una "falta en la forma del instrumento", no un defecto en el acto o contrato que en aquél se contiene.

La Corte ha dicho en casos semejantes: "La ritualidad prescrita en el aparte segundo del art. 2586 del Código Civil, como otras varias ritualidades de los instrumentos públicos, no se ha elevado por la ley a la categoría de formalidad esencial de los mismos, cuya omisión los anule (Casación, 9 noviembre de 1907, XVIII, 211, 2ª). "Al dar el legislador grandísima importancia al instrumento público, como elemento cardinal para la seguridad de los derechos, protegé al mismo tiempo su existencia; no lo anula sino cuando se omiten circunstancias **esenciales** del mismo, y eso en el caso de que se trate de un Notario y de partes y testigos desconocidos que no reconocen sus firmas, las que pueden ser no enteras (Casación, 9 noviembre 1907. XVIII, 211, 2ª). "La simulación de un contrato, caso de que exista, no puede alegarse como causal de nulidad de la escritura. Ella daría pie para anular el contrato, pero no el instrumento en que aquél consta; porque son radicalmente diversas dichas nulidades" (Casación 30 de junio de 1912, XI, 317, 1ª).

Puesto que el artículo 6º del C. Civil se refiere únicamente a los actos que se celebren contra expresa prohibición legal, nada tiene que ver con el incumplimiento de los requisitos de forma en la celebración de actos lícitos de por sí.

Tercer cargo. Se considera:

Como hubo autorización del acreedor embargante para el registro de la escritura por medio de la cual Justo Pastor Ramírez vendió a Teresa Ceballos de Olarte la finca de "Los Naranjos", la venta así verificada quedó hecha en forma legal, a pesar de que tal autorización se hubiera dado con posterioridad al otorgamiento de la escritura. En casos como éste importa únicamente que la autorización se dé para verificar el registro. En el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, citado por el recurrente, (folio 22 del Cuad. Nº 2) se lee: "El registro de tal escritura (la Nº 38 de 10 de enero de 1941) se efectuó no obstante existir un embargo vigente sobre tales inmuebles, registro que se hizo previo el permiso y certificado que a continuación se copian: (Aquí el permiso, otorgado por José N. Olarte, ejecutante en el juicio).

No siendo nula la escritura Nº 38 de 10 de enero de 1941, no hay lugar a declarar sin valor las ventas hechas posteriormente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil A, 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 Pereira, en el juicio ordinario de Clara Rosa Castrillón contra Justo Pastor Ramírez y otros.

Sin costas en el recurso.

Notifíquese, publíquese, cúmplase, e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase en oportunidad al Tribunal de origen.

Gerardo Arias Mejía—Alfonso Bonilla Gutiérrez.—Pedro Castillo Pineda. — Alberto Holguín Lloreda.—Hernando Lizarralde, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.—DEMORAS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, consulta su auto de fecha veintiocho de enero pasado, por el cual sobresee definitivamente a favor de los doctores Jorge Eduardo Giraldo Vargas y Gerardo Betancourt V., por los cargos que se les hacen en este proceso, en su calidad de Ex-Jueces en lo Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal,

Hechos. — Consta de autos que el Tribunal Superior de Manizales al revisar por consulta la sentencia de prescripción de la acción penal dictada por el Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal en el proceso seguido contra Luis Alfonso Henao, por el delito de hurto, ordenó sacar copia de lo conducente para investigar la responsabilidad por demoras en que hubieran incurrido los funcionarios que habían tenido a su cargo la tramitación de ese proceso.

Con el objeto de establecer el hecho investigado, se produjeron en el expediente los elementos que a continuación se enumeran:

a) Copia de los acuerdos de nombramiento del doctor Jorge Eduardo Giraldo López y de don Gerardo Betancourt, para el cargo de Jueces del Circuito en lo Penal de Santa Rosa de Cabal y de las diligencias de posesión respectivas;

b) Una diligencia de Inspección Ocular que el funcionario de Instrucción llevó a cabo sobre el proceso seguido contra Luis Alfonso Henao, por el delito de hurto, de la cual aparece que en el tiempo comprendido entre el primero de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve y el veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta, no hubo actuación en el nombrado negocio (folios 4 y siguientes).

c) Una diligencia de Inspección Ocular, practicada sobre los libros radicadores y copiadores de autos interlocutorios y sentencias de la Secretaría del Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, con el objeto de verificar el movimiento de trabajo, en el lapso a que se refieren las demoras investigadas;

d) Una diligencia de Inspección Ocular, sobre el expediente por el delito de hurto, adelantado contra Luis Alfonso Henao en el mencionado Juzgado de Circuito, con la mira de establecer si ese proceso en el tiempo en que ocurrieron las demoras, se encontraba al despacho de quienes por entonces ejercían las funciones de Juez del Circuito en lo Penal de la mencionada ciudad (Flio. 46 y v.); y

e) Finalmente, se recibió declaración indagatoria a los sindicados doctor Giraldo Vargas y señor Betancourt, y en tales diligencias dieron sus explicaciones al cargo que les aparece del proceso.

El primero dice que, le tocó inaugurar el Juzgado Penal de Santa Rosa de Cabal y en los primeros días no había local y cuando se consiguió uno, se carecía de muebles y enseres para su funcionamiento; que al principio tuvo que trabajar en una máquina de escribir que le facilitaba a ratos el Secretario del Concejo Municipal; que el número de negocios era considerable y en muchos de ellos se observaban demoras y al dejar de servir el cargo, en el mes de febrero de mil novecientos cincuenta, la oficina aún no había sido provista de los muebles indispensables para trabajar. Agrega, que la clasificación de los asuntos exigió una intensa labor, con perjuicio de la pronta evasión de los asuntos que requerían solución inmediata, pero que está convencido que la labor que llevó a cabo fue eficiente e hizo todo lo posible por despachar y que la nota puesta por la Secretaría en el sentido de que se dice "recibido y a despacho", no quiere decir que el negocio se lleve a la mesa del Juez, "pues la más de las veces es una leyenda que no se cumple y el negocio queda en los anaqueles de la secretaría, sin que el Juez tome nota inmediata de esa constancia...".

El segundo, explica el cargo que le aparece, afir-

mando que en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal había demasido recargo de trabajo, como se comprobó con la diligencia de Inspección Ocular que ordenó practicar el Tribunal Superior de Manizales.

Concepto del Procurador Delegado en lo Penal.

Este funcionario observa que en la época a que se refieren las demoras investigadas, hubo extraordinario recargo de trabajo en el Juzgado Penal de Santa Rosa de Cabal, debido a su reciente creación, que impidió a los encargados de él atender oportunamente a la marcha de los asuntos en curso. Trascribe la Procuraduría algunos apartes de la providencia que es objeto de la consulta, en los que se alude a las condiciones en que tuvo que trabajar el Juzgado de Santa Rosa de Cabal, sin los elementos indispensables y por ello, si el rendimiento de trabajo no fue tan satisfactorio, como debía haberlo sido con medios normales de trabajo, culpa no fue de los Jueces sino de quien debía proveerlos oportunamente y mal puede hacerse responsables a los Jueces por demoras que no tuvieron la intención de auspiciar, pues fueron la resultante de factores independientes de su voluntad, cuya remoción correspondía a funcionarios o entidades muy diferentes. Concluye, solicitando que se confirme el auto consultado.

Se considera:

La calidad oficial de los funcionarios sindicados en este negocio, se halla acreditada con los documentos relacionados en otra parte de esta providencia, de suerte que, la Corte tiene competencia para resolver en segunda instancia de la legalidad del auto materia de la consulta.

En lo que respecta a las demoras ocurridas en la tramitación y decisión del proceso que en el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, se adelantó contra Luis Alfonso Henao, por el delito de hurto, ellas se cargan a la cuenta de los sindicados doctor Jorge Eduardo Giraldo y señor Gerardo Betancourt, pues éstos ejercían las funciones de Juez del Circuito en lo Penal de aquella ciudad, en el lapso en que aquéllas tuvieron lugar.

El cargo antes relacionado se encuentra acreditado en el proceso y los funcionarios sindicados, lo reconocen implícitamente en sus indagatorias. Sólo que, las explicaciones que dan tales funcionarios, consistentes en las labores que tuvieron que realizar para poner en marcha ese Juzgado que era de reciente creación, la carencia de elementos que facilitaran el desarrollo de sus labores y el exceso de trabajo por el apreciable número de expedientes en la Oficina, son aceptables en lo tocante a la carencia de responsabilidad por parte de aquéllos en la imputación que se les hace.

Los factores señalados por los sindicados como causas de la demora que sufrió el mentado negocio, tienen fuerza suficiente para afirmar que en el caso presente, el hecho investigado se produjo no por negligencia ni intención dolosa de parte de aquéllos, sino debido a motivos que no dependían de su voluntad, como la falta de los enseres más indispensables para sus labores, que los incapacitó físicamente para dar todo el rendimiento indispensable para mantener la oficina al día. En estas condiciones, no puede exigirse responsabilidad por la demora en mención, porque la causa de ella, como lo acepta con acertado criterio jurídico la Procuraduría, se debió a que las autoridades a quienes correspondía la instalación adecuada del Juzgado del Circuito y el suministro de los elementos indispensables para las labores del Juez y de sus subalternos, no lo hicieran en oportunidad.

En consecuencia, el auto consultado que sobresee definitivamente en estas diligencias a favor de los funcionarios que aparecen procesados por el delito de abuso de autoridad, es legal y debe confirmarse, por hallarse esos funcionarios dentro de una de las situaciones previstas por el art. 437 del Código de Procedimiento Penal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto materia de la consulta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre — Luis Gutiérrez Jiménez — Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICA CION DE UN PROCESO

El cambio de radicación de un proceso criminal implica la necesidad de que la prueba que se acompañe a la solicitud, contenga los elementos que permitan a la Corte, para conceptuar favorablemente, formarse una noción completa sobre la conveniencia del mismo, que es precisamente la razón de aquella modificación al régimen legal que gobierna la competencia en el conocimiento de determinado proceso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El Ministerio de Justicia remite a la Corte la solicitud formulada por los doctores Luis E. Galán Gómez y Hernando Durán Valenzuela, tendiente a obtener el cambio de radicación del sumario que contra *Ramón Meneses, Tomás Jiménez* y *Aníbal Barragán* o *Ciro Barrera*, por el delito de homicidio en Florindo Durán y lesiones personales a Rafaél Villarreal y José Pablo Durán, se adelanta en el Distrito Judicial de San Gil.

Manifiestan entre otras razones los doctores Galán Gómez y Durán Valenzuela en la solicitud al Ministerio sobre el cambio de radicación, lo siguiente:

"8) Quienes conocen personal y directamente la situación del Socorro frente a este cargo, afirman no existe ambiente propicio a la justicia para juzgar el proceso con la imparcialidad debida, por las amenazas de los afectos al grupo de Ramón Meneses, el sindicado principal y único preso, contra cualquier persona que intervenga en este juicio, sea como testigo, perito o Juez de conciencia.

9) Es por demás elocuente y serio el pronóstico, ya común en el Distrito Judicial de San Gil, de que en este caso o absuelven por coacción o corren gravísimo peligro las vidas de los Jueces que condenen".

Se han acompañado las siguientes pruebas:

a) Certificación del Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, donde consta que allí cursa el proceso aludido, el que se encuentra en estado de sumario en consulta del auto interlocutorio proferido por la Fiscalía del Juzgado Superior del Socorro, sin que el Tribunal haya dictado providencia alguna y que "los doctores Luis E. Galán Gómez y Hernando Durán Valenzuela figuran como los apoderados representantes de los intereses de la parte civil".

b) Oficio Nº 0641 de agosto 1º del año en curso, del Gobernador de Santander, dirigido a los doctores Galán Gómez y Durán Valenzuela, en el cual sobre la conveniencia o inconveniencia del cambio de radicación del proceso en referencia, les manifiesta que en su opinión ese cambio "es conveniente para la recta administración de justicia" (fs. 6 vto).

c) Declaraciones de Pedro Nel Mantilla, Alcalde Mayor del Socorro y Hernando Rueda Uribe, recibidas el 25 y 27 de octubre último, respectivamente, ante el Investigador Quinto Criminal de Santander.

Hace constar el primero de los declarantes que al verificarse el día 15 de dicho mes de octubre, en la ciudad del Socorro, la reconstrucción de los hechos de sangre ocurridos el 19 de junio último, en que resultó muerto un señor de apellido Durán y otros dos heridos, hubo mucha gente presenciando la diligencia, en su gran mayoría de "El Luchadero" y amigos personales de un señor de apellido Meneses que dizque está detenido como sindicado del homicidio del señor Durán; y oyó decir a varias personas en un café, que los amigos de Meneses "estaban presionando y coaccionado con amenazas a los testigos que estaban actuando, hecho éste que me determinó a ordenar que aumentaran el número de agentes de policía con el fin de prevenir cualquier atentado... sé y conmigo la mayoría del pueblo, que el martes pasado se llevó a cabo un Jurado contra dos sujetos de El Luchadero, por cuádruple homicidio, en el cual salieron absueltos dizque porque los Jurados previamente fueron coaccionados moralmente. Esta manifestación la hizo en repetidas ocasiones el señor Fiscal del Juzgado Segundo Superior, en el Café Rex..." (fs. 8).

El segundo testigo dice: "El día quince de octubre me encontraba en el Socorro y me dí cuenta, no

en todos detalles, de la práctica de la diligencia de reconstrucción... en dicha diligencia había mucho público, entre ellos bastantes personas de la vereda de "El Luchadero", presenciando y junto a los que estaban declarando en dicha diligencia" (f. 8 vto.).

d) Certificado del Investigador Quinto Criminal de Santander, en el cual hace constar que el día 15 de octubre de 1952, por hallarse en la ciudad del Socorro, se dió cuenta de algunos detalles de la diligencia de reconstrucción que el Fiscal del Juzgado Segundo Superior, practicó dentro de las diligencias sumarias contra Ramón Meneses y otros, por homicidio y lesiones; que durante esa diligencia, los funcionarios que la practicaron, los abogados de la defensa y de la parte civil "fueron seguidos y observados muy de cerca por un numeroso público, que, legalmente, nada tenía que ver en tal diligencia. Oí decir a varias personas aquel mismo día por la tarde, que el testigo Félix David Villarreal había sido ofendido y amenazado por un sujeto de apellido Clavijo, por cierto muy conocido en el populacho, en el momento de deponer dentro de la diligencia a que me refiero... es del dominio público, la versión de que las personas que actúan como Jurados en los procesos que aquí se juzgan, previamente son coaccionadas para que en el momento de fallar se ciñan al capricho de quienes los interesan. Un ejemplo clásico de esta afirmación, es el veredicto absolutorio que en un Jurado celebrado el miércoles veintidos de los corrientes, dentro de un proceso por el delito de cuádruple homicidio, dieron los Jueces de conciencia que lo componían" (fl. 11).

e) Declaraciones de Hernán Alfonso Galvis, Juan B. Villarreal Rueda, Eduardo Gómez Rodríguez y Manuel Tobar Plata, personas de reconocida honorabilidad, recibidas en el Juzgado Tercero Superior de Bucaramanga del 21 al 24 de octubre del año en curso.

Según esta prueba se evidencia que la familia de Florindo Durán Otero, víctima en los hechos a que las diligencias se refieren, se ha visto en dificultades para designar abogado en el Socorro o San Gil, para que la represente como parte civil y le ha sido necesario recurrir a Bucaramanga en busca de ese servicio, a causa de que Ramón Meneses, sindicado en el proceso, es considerado en aquella región como cabecilla de un grupo que hace algún tiempo se inició con actitud política de violencia que lo ha hecho célebre en varios Municipios; que esa actitud de los amigos de Meneses en el acto de la reconstrucción del crimen, llevada a cabo en el Socorro, fué atemorizante para los abogados de la parte civil, a tal punto que con anterioridad los testigos que debían declarar en ella, quisieron abandonar la ciudad para evitar cualquier desastre, cuestión ésta que se venía rumorando insistentemente hasta en Bucaramanga; que no existe en el Socorro y San Gil ambiente propicio a la justicia para juzgar con la imparcialidad debida el negocio en cuestión, por las amenazas del grupo adepto a Ramón Meneses, como quiera que esas amenazas son permanentes hacia cualquier persona que intervenga en el juicio, como testigo, perito o Juez de conciencia, ya "que a través de este expediente contra Ramón Meneses, se ha creado un ambiente de terror y es claro que en estas condiciones los vecinos del Socorro o San Gil esquivan por todos los medios intervenir..." (declaración de Villarreal Rueda fs. 15 vt.).

"Es verdad —dice el testigo Galvis, fls. 14— que con anterioridad a la muerte de Florindo Durán, el sindicado Ramón Meneses, con la 'cola' que le seguía y aún le sigue, cometió una serie de interminables actos reprobables, sin que las autoridades hubieran podido ponerle remedio a esta situación. A este respecto personalmente tuve oportunidad de conversar con el Gobernador del Departamento la misma noche de los acontecimientos en que perdió la vida Florindo Durán, y él me decía cómo para el Gobierno este sujeto Ramón Meneses se había constituído en un problema de estado con los permanentes altercados que provocaba, los escándalos que producía haciendo disparos contra los habitantes de Chima especialmente y apoderándose en esa forma de negocios como la pesa, valiéndose para ésto de su fama de matón y hombre peligroso"; y que al ser juzgados en el Distrito Judicial de San Gil los procesados en el negocio de que se habla "no habrá un veredicto que se acomode a las pruebas que se recojan, porque o los absuelven por fundado temor a una represalia, o se produce una nueva tragedia en el Juzgado".

Considera la Corte:

El cambio de radicación de un proceso criminal implica la necesidad de que la prueba que se acompañe a la solicitud contenga los elementos que permitan a la Corte, para conceptuar favorablemente, formarse una noción completa sobre la conveniencia del mismo, que es precisamente la razón de aquella modificación al régimen legal que gobierna la competencia en el conocimiento de determinado proceso.

Precisa admitir, sobre la producida en este caso, que en el Distrito Judicial en donde se adelanta

la investigación por los delitos de homicidio y lesiones personales a que este negocio se refiere, se presenta una situación que no augura una recta e imparcial administración de justicia.

Las condiciones en que se encuentra la familia de la víctima en el homicidio en cuestión, por las dificultades para obtener representación legal en el juicio, en el lugar en que éste se ventila, la influencia de uno de los procesados en el ambiente social de allí, en forma especial por el modo violento en que actúa de manera que aún para el Gobierno del Departamento se ha convertido en un serio problema y la presión que determinados elementos ejercen sobre los Jueces populares según aconteció en el que se relaciona en la prueba testimonial allegada al expediente, indican que la justicia puede encontrar tropiezos en su aplicación y ello determina la necesidad y al mismo tiempo la conveniencia de la radicación en otro lugar diferente del proceso a que la solicitud se refiere.

"Cuando los intereses en juego —ha dicho la Corte— que procesos de esta naturaleza despiertan, o el temor, la venganza o las amenazas veladas o intimidativas o los halagos remunerativos, puedan aparecer en un negocio, la rectitud de la justicia, su imparcialidad y aún el mismo decoro de los funcionarios hace viable y conveniente la medida que autoriza el artículo 58.

"El cambio de radicación de un determinado proceso tiene un interés público y social. Cuando tal situación se presenta o por lo menos existe la fundada creencia de que pueda aparecer en el curso de una investigación precisa retirar cualquier obstáculo que impida la realización de una recta e imparcial justicia".

Los informes y prueba testimonial traídos a los autos revelan una situación que no se compadece con la rectitud, imparcialidad y serenidad de que debe estar siempre rodeada la administración de justicia y pregonan la presencia de circunstancias que hacen conveniente el cambio de radicación solicitado.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso a que se refieren estas diligencias.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Justicia.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS ENTRE LA JUSTICIA ORDINARIA Y LA MILITAR, PARA CONOCER DE UN DELITO COMETIDO POR UN OFICIAL DEL EJERCITO EN EJERCICIO DEL CARGO DE ALCALDE MILITAR, PARA EL CUAL HABIA SIDO NOMBRADO POR EL RESPECTIVO JEFE CIVIL Y MILITAR

Para que se configure el delito militar, es necesario que se reúnan los siguientes elementos:

a) Violación de la ley penal militar;

b) Que dicha violación sea realizada por militares o civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) Que el delito sea cometido con ocasión y por causa del servicio militar y en ejercicio de funciones inherentes al mismo; y

d) Que en el lugar donde el delito se consuma, actúen o se hallen establecidas fuerzas militares.

De tal suerte que para la tipificación del delito militar, es necesario que en la ejecución del hecho punible concurran los presupuestos antes enumerados, en cuyo evento, la competencia para juzgar al sindicado reside en la Justicia Castrense. Por el contrario, si tales elementos no se rúnen, el delito no adquiere carácter militar y, por lo tanto, queda bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

De conformidad con el numeral 4º del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, debe la Corte dirimir la colisión de competencias positiva suscitadas entre el Juzgado Penal del Circuito de Honda y el Comandante del Batallón de Infantería Roock como Juez de Primera instancia, nombrado especialmente para el efecto, por Resolución Nº 1677 de 7 de julio de 1952, del Ministerio de Guerra, para conocer del presente negocio adelantado contra el señor Gustavo Cano Gutiérrez, Teniente del Ejército Nacional, en ejercicio de las funciones de Alcalde Municipal de Armero, por el delito de detención arbitraria.

Hechos:

El señor Gustavo Bautista R., con fecha 30 de septiembre de 1948, presentó denuncio criminal contra el Teniente Gustavo Cano Gutiérrez, por el hecho de haber sido detenido e incomunicado el denunciante durante 48 horas por orden del Teniente Cano Gutiérrez, en su calidad de Alcalde Municipal de Armero, hecho ocurrido el día 6 del mes y año citados.

El señor Juez Penal del Circuito de Honda asumió el conocimiento del sumario adelantado contra el señor Gustavo Cano Gutiérrez, Teniente del Ejército Nacional y Alcalde Militar de Armero, por el delito de detención arbitraria, tanto por razón del territorio en que el delito fue consumado, como por la naturaleza de la infracción.

En tal virtud, con fecha doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve, calificó el mérito de la investigación adelantada al respecto, cuyo auto aparece de folios 29 a 31 v. del cuaderno principal.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por auto de 31 de octubre de 1951, calificó en segunda instancia el mérito del sumario y llamó a responder en juicio al señor Cano Gutiérrez por el delito de detención arbitraria.

Por Resolución Nº 1677 de 1952, el Ministerio de Guerra nombró al Comandante del Batallón de Infantería Roock como Juez Sustanciador y de Primera Instancia "para que provoque la colisión de competencias al Juez del Circuito Penal de Honda por las diligencias que cursan en ese Despacho contra el Teniente Gustavo Cano Gutiérrez y para que si dicha colisión es aceptada prosiga en su conocimiento".

En cumplimiento de esa Resolución, el Comandante del Batallón de Infantería Roock, en oficio 02033 de 28 de julio de 1952, pidió al Juez Penal del Circuito de Honda la remisión del expediente contra el citado señor Caño Gutiérrez, pues con-

sideró que, de conformidad con la ley 3ª de 1945, los miembros de las Fuerzas Militares sólo pueden ser juzgados por Tribunales Castrenses, cuando cometen delitos en su calidad de tales.

El señor Juez Penal del Circuito de Honda consideró que, aunque el procesado Cano Gutiérrez pertenecía a las Fuerzas Militares, el delito porque responde no había sido consumado en ejercicio de sus funciones como militar, en servicio activo, sino como Alcalde Municipal de Armero, cuyas funciones desempeñaba en la época del delito y, por lo tanto, era la justicia ordinaria, no la militar, la competente para conocer del proceso. En consecuencia, no aceptó la competencia propuesta por el Juez Militar, y ordenó pasar el asunto a la Corte en donde debe dirimirse la colisión de competencias de que se ha hablado.

Se considera:

En no pocas ocasiones ha sostenido esta Sala de la Corte que para que se configure el delito militar es necesario que se reúnan los siguientes elementos:

a) Violación de la ley penal militar;
b) Que dicha violación sea realizada por militares o civiles al servicio de las fuerzas militares;
c) Que el delito sea cometido con ocasión y por causa del servicio militar y en ejercicio de funciones inherentes al mismo; y
d) Que en el lugar donde el delito se consuma actúen o se hallen establecidas fuerzas militares.

De tal suerte que para la tipificación del delito militar es necesario que en la ejecución del hecho punible concurran los presupuestos antes enumerados, en cuyo evento, la competencia para juzgar al sindicado reside en la Justicia Castrense. Por el contrario, si tales elementos no se reúnen, el delito no adquiere carácter militar y, por lo tanto, queda bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria.

En el caso a estudio se observa que el Teniente del Ejército Nacional Gustavo Cano Gutiérrez fue nombrado Alcalde Militar de Armero por el Jefe Civil y Militar del Departamento del Tolima, según Decreto Nº 778 de 26 de agosto de 1948. Es decir, que el referido nombramiento no provino del Gobernador —autoridad civil administrativa—, sino del Jefe Civil y Militar, o sea de una autoridad esencialmente militar, en ejercicio de facultades legales y como consecuencia de haberse turbado el orden público y declarado en estado de sitio el territorio del Departamento del Tolima. Circunstancias éstas que hacen que el Teniente Cano Gutiérrez, nombrado y posesionado del cargo del Alcalde Militar de Armero, reuniera atribuciones civiles y militares, o sea, que ejercía simultáneamente las funciones de autoridad política civil, administrativa y militar.

De lo anterior se desprende que el Teniente Cano Gutiérrez, Alcalde Militar de Armero, al cometer el hecho que se le imputa, obró como militar en servicio activo dentro de un estado anormal de turbación del orden público, y por lo tanto la competencia para juzgarlo reside en la Justicia Castrense.

En tal virtud, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal —administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Dirímese la colisión de competencias entre el Juzgado Penal del Circuito de Honda y el Comandante del Batallón de Infantería Roock, en el sentido de que es a la justicia militar y no a la ordinaria, a quien corresponde conocer del proceso contra el Teniente del Ejército Nacional, señor Gustavo Cano Gutiérrez, por el delito de detención arbitraria que se le ha imputado en este negocio.

Cópiese, notifíquese, dése cuenta de esta resolución al señor Juez Penal del Circuito de Honda, y remítase el expediente al señor Comandante del Batallón de Infantería Roock.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R. Secretario.

RECURSO DE HECHO. — LA PARTE CIVIL NO PUEDE INTERPONER RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

La ley limita la intervención de la parte civil en lo relacionado con el recurso de casación, al caso de que se dirija contra los efectos civiles de las sentencias condenatorias siempre que la cuantía de los perjuicios sea o exceda de tres mil pesos. Cuando la sentencia es absolutoria, la ley no consagra el recurso de casación en lo relativo a perjuicios, porque éstos están esencialmente vinculados a la existencia del acto delictuoso que es materia de la sentencia, y ésto no ocurre cuando ésta es absolutoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veinticuatro de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

El doctor Eliécer Pinilla Rodríguez, en su condición de apoderado de la parte civil en el proceso adelantado en el Distrito Judicial de Neiva contra Pablo Emilio Gómez Lamilla, por el delito de hurto, ocurre de hecho ante la Corte, para que se le conceda el recurso de casación que le fué negado por el Tribunal Superior de Neiva, contra la sentencia de ese mismo Tribunal de fecha cinco de septiembre del año en curso que confirmó en todas sus partes el fallo absolutorio dictado por el señor Juez Penal del Circuito de Garzón en dicho proceso.

Según aparece de las copias que se tienen de presente, el recurrente ha procedido en conformidad con las prescripciones de los artículos 513 y 514 del Código de Procedimiento Civil, que son de aplicación en recursos como el presente. Es decir, que pidió reposición del auto que le denegó la casación y en subsidio, copia de la providencia contra la cual interpuso el recurso de casación, de las diligencias de su notificación, del escrito por medio del cual interpuso dicho recurso, del auto que se lo negó, de la sentencia de primera instancia y de varias declaraciones que consideró convenientes. Además estos documentos fueron expedidos oportunamente, anotando el Secretario del Tribunal la fecha de entrega al peticionario y éste ha presentado ante esta Superioridad, junto con los documentos expresados, un escrito encaminado a fundar el derecho que cree tener a que se le conceda el recurso de casación que le fue denegado.

El recurrente después de enumerar las atribuciones que de acuerdo con nuestra legislación procedimental penal tiene la parte civil en mira de obtener la indemnización de los perjuicios civiles causados por el delito, afirma que no entiende por qué se le recorten sus atribuciones en una etapa importantísima del juicio y que si la ley quiso limitar el derecho de la parte civil a recurrir contra las sentencias condenatorias en lo tocante a la cuestión penal, quedándole únicamente el interés jurídico en lo concerniente a la cuantía de los perjuicios, de ésto se deduce que permaneciendo vigente este interés, cuando no se ha producido una condena, puede recurrir en casación en lo relativo a la cuestión penal, para lograr la indemnización de perjuicios civiles, caso en el cual el recurso debe comprender ambas acciones, la penal y la civil.

Se considera:

Establece el artículo 516 del Código de Procedimiento Civil, que para admitir el recurso de hecho es indispensable que la apelación sea procedente, en el caso de autos (art. 518), que lo sea el recurso de casación.

La ley procedimental penal consagra el recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia proferidas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en las causas cuyo conocimiento en primera instancia haya correspondido a los Juzgados Superiores y a los Jueces de Circuito, pero cuando se trata de las dictadas por éstos, es necesario que el delito tenga señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años y el recurso, sólo podrá ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público o por el procesado, personalmente o

por medio de su representante o defensor (artículos 556, 557 y 558 del C. de P. P.).

El artículo 559 de la obra citada, dice que el Agente del Ministerio Público, el procesado o su representante legal y la parte civil, podrán interponer el recurso de casación contra las sentencias condenatorias a que se refieren los artículos 556 y 557, en lo relacionado con la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía de éstos, sea o exceda de tres mil pesos.

Quiere decir lo anterior, que el recurso de casación, cuando se dirige contra los efectos penales de la sentencia de segunda instancia, sea que en primera, haya sido dictada por los Jueces Superiores, o por los Jueces de Circuito por delitos que tengan señalada una sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo sea o exceda de cinco años, sólo puede ser interpuesto por el Agente del Ministerio Público o por el procesado, personalmente o por medio de su representante legal. Cuando el recurso se refiere a los efectos civiles de las mismas sentencias, es decir, en lo relativo a la indemnización de los perjuicios causados por la infracción, tienen personería para interponerlo no sólo el Agente del Ministerio Público y el procesado, por sí mismo o por medio de su representante legal, sino también la parte civil, pero en este caso la cuantía de los perjuicios debe ser de tres mil pesos o más.

De suerte que, la ley limita la intervención de la parte civil en lo relacionado con el recurso de casación, al caso de que se dirija contra los efectos civiles de las sentencias condenatorias de que se ha hablado, siempre que la cuantía de los perjuicios sea o exceda de tres mil pesos. Cuando la sentencia es absolutoria, la ley no consagra el recurso de casación en lo relativo a perjuicios, porque éstos están esencialmente vinculados a la existencia del acto delictuoso que es materia de la sentencia y ésto no ocurre cuando ésta es absolutoria. A este respecto, ha dicho la Corte en varios fallos:

"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 la 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 código de procedimiento penal).

"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 atañadero al reconocimiento de perjuicios, como la Corte lo ha expresado (artículo 123 del código de procedimiento penal). 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" (Auto de 23 de julio de 1948, G. J. Tomo LXIV, Nos. 2062-63, página 527).

Por lo tanto, no son aceptables las razones aducidas por el apoderado de la parte civil para que se admita el recurso de hecho en el caso presente, pues el de casación que le fue denegado, no era procedente (Art. 516 del C. de P. C.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, no admite el recurso de hecho interpuesto contra el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva de fecha veinticinco de septiembre pasado, que negó a la parte civil el recurso de casación contra la sentencia absolutoria dictada por ese mismo Tribunal, en el proceso seguido contra Pablo Emilio Gómez Lamilla, por el delito de hurto.

Cópiese, notifíquese y archívese. Dése cuenta de esta providencia al Tribunal Superior de Neiva, para que conste en los autos.

Francisco Bruno.—Alejandro Camacho Latorre. Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vásquez. Julio E. Argüello R., Secretario.

LA ENEMISTAD COMO CAUSAL DE RECUSACION

1.—De acuerdo con el inciso 2º del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, quien recusa, además de exponer los motivos de la recusación, debe acompañar las pruebas en que se fundamenten esos motivos, toda vez que ésta no puede surgir de las propias aseveraciones de quien hace uso de esa facultad, sino de otros elementos, mediante los cuales se pueda apreciar en forma imparcial la existencia del hecho que determina el impedimento.

2.—Como lo dijo la Corte: "La grave enemistad, para que pueda incidir sobre la causal 5ª de recusación del artículo 73 de Código Procesal Penal, es menester que establezca un sentimiento de antipatía o animadversión recíprocos entre el Juez y alguna o algunas de las partes, porque de otra manera, más que un motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario, se convertiría en un cómodo recurso para arrebatarle al fallador el conocimiento de un proceso, del que se tiene el presentimiento de sus peligrosos resultados y se busca con el cambio una nueva posibilidad de que la decisión que en él recaiga sea más favorable.

"No basta, pues, que se alegue y que inclusive se cite la posible causa determinante de enemistad, porque fuera de que no toda enemistad conlleva a manifestaciones de odio, capaces de obnubilar la más recta conciencia, debe tener además, como se ha dicho, la característica de ser grave, para que pueda producir los efectos de separar al Juez del conocimiento, del negocio en el que medie una circunstancia que de todos modos implicaría el peligro de una presunta parcialidad del funcionario, peligro que la ley quiere eliminar permitiendo que con la recusación no se presente aquel inminente peligro" (G. J., Tomo 70, pág. 595).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

El defensor de Bolívar Jacinto Ramos, procesado por homicidio recusó al Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo, ponente en el negocio que allí cursa por virtud de apelación que interpuso el Fiscal del Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, contra el auto de sobreseimiento temporal proferido, fundándose en la causal 5ª del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

En auto de 29 de octubre último, no aceptó el Tribunal la recusación y dispuso enviar el negocio a la Corte para los fines legales consiguientes.

Con el mismo fin había venido antes el proceso y la Corte ordenó devolverlo para que se llenaran formalidades de orden procedimental que se han cumplido.

Funda el defensor de Ramos, abogado Heriberto Pabón, la recusación así:

"El señor Magistrado ponente es mi enemigo y siente por mí las más aviesas pasiones, las cuales ha hecho patente ante sus colegas en dos ocasiones: la primera cuando un Magistrado de ese Tribunal me propuso para ocupar una plaza de conjuez, oponiéndose a mi designación con la más rabiosa y enconada oposición, apelando a toda clase de injurias, inclusive, la que puso en tela de juicio mi reputación y mi honestidad profesional; la segunda, cuando por un Juez Superior de esta ciudad se me incluyó en una lista para que ese Tribunal escogiera las personas que debían servir de Jurados... son frecuentes de parte del Magistrado ponente expresiones calumniosas y ofensivas contra el suscrito. Todo ésto demuestra que sí existe la enemistad grave entre el señor Magistrado... y el apoderado defensor de Bolívar Jacinto Ramos".

El recusante atribuye la enemistad al hecho de haber demandado al doctor Fontalvo Fontalvo para que pagara una suma de dinero.

Manifiesta el Magistrado doctor Fontalvo Fontalvo en el informe que rinde sobre la recusación (fs. 71 y 72) que los hechos no constituyen causal legal de impedimento. Que es verdad solicitó un préstamo de dinero a un Banco de la ciudad y le sirvió de fiador Marcial Polo Caballero y como no pudo

cancelar la última parte de la deuda, pagó el fiador, por no haber querido aceptar antes la oferta que le hizo el deudor sobre cesión de una casa de su esposa y en cambio ocurrió a los Juzgados para obtener la suma pagada, escogiendo como abogado para ese fin al doctor Heriberto Pabón, pero tan pronto como tuvo conocimiento de la demanda pagó al señor Polo, sin que llegara el caso de entablar en firme la acción de cobro.

Asímismo explica que al hacer la elección de Jurados, propuso como Magistrado el cambio del nombre del doctor Pabón, por otro distinguido caballero "no por odio al doctor Pabón, sino porque no he sido nunca partidario de que los abogados sean Jueces de conciencia". Y luégo al hacer la elección de conjueces para el Tribunal se presentó también el nombre del doctor Pabón, quien fue elegido para aquel cargo, sin que en ésta ni en anterior ocasión, hiciera apreciación injuriosa alguna en torno al nombre del citado doctor. Afirma, además, que le ha correspondido intervenir en negocios en que el recusante figura como apoderado "y en todos ellos ha procedido con absoluta honradez, reconociéndole el derecho cuando ha sido suyo y negándoselo cuando no".

Los restantes Magistrados de la Sala del Tribunal de la que hace parte el doctor Fontalvo Fontalvo, no admiten la recusación, por cuanto no aparece probada en los autos la enemistad grave alegada, entre el recusante y el Magistrado.

Considera la Corte:

De acuerdo con el inciso 2º del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, en casos como éste, quien recusa, además de exponer los motivos de la recusación, debe acompañar las pruebas en que se fundamenten los motivos de la recusación, toda vez que ésta no puede surgir de las propias aseveraciones de quien hace uso de esa facultad, sino de otros elementos, mediante los cuales se pueda apreciar en forma imparcial la existencia del hecho que determina el impedimento.

"La grave enemistad —ha dicho la Corte y es necesario repetirlo en este caso— para que pueda incidir sobre la causal 5ª de recusación del artículo 73 del Código Procesal Penal, es menester que establezca un sentimiento de antipatía o animadversión recíprocos entre el Juez y alguna o algunas de las partes, porque de otra manera más que un motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario se convertiría en un cómodo recurso para arrebatarle al fallador el conocimiento de un proceso, del que se tiene el presentimiento de sus peligrosos resultados y se busca con el cambio una nueva posibilidad de que la decisión que en él recaiga sea más favorable.

"No basta, pues, que se alegue y que inclusive se cite, la posible causa determinante de enemistad, porque fuera de que no toda enemistad conlleva a manifestaciones de odio, capaces de obnubilar la más recta conciencia, debe tener, además, como se ha dicho, la característica de ser grave, para que pueda producir los efectos de separar al Juez del conocimiento del negocio en el que medie una circunstancia que de todos modos implicaría el peligro de una presunta parcialidad del funcionario, peligro que la ley quiere eliminar permitiendo que con la recusación no se presente aquel inminente riesgo.

"Mas, la prueba no puede dimanar de las propias aseveraciones del recusante. Tiene que provenir de otros elementos que demuéstren que en realidad la imparcialidad del Juez puede sufrir alguna quiebra, y como estos recursos tienen por finalidad impedir toda duda sobre la rectitud e imparcialidad del funcionario, tan pronto como ésto pueda ser posible, la separación del Juez se impone como única medida para evitar que la justicia sufra mengua en la consciente o inconsciente parcialidad de un fallador.

"No existiendo una prueba aceptable a este respecto, la presunción de la imparcialidad debe permanecer inalterable, porque de otra manera se desquiciarían los fundamentos de un régimen jurídico que tiene que estar fundamentado en la inconmovible imparcialidad de los Jueces" (GACETA JUDICIAL, Tomo LXX, pág. 595).

No habiéndose demostrado probatoriamente la existencia de la causal de recusación propuesta, quiere decir que no es el caso de separar del conocimiento del negocio al funcionario recusado.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA INFUNDADA la recusación propuesta contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo y dispone devolver el expediente para que siga conociendo de él.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE REBELION. — CONEXIDAD DE DELITOS Y COPARTICIPACION CRIMINOSA. — COMPETENCIA PARA JUZGAR DELITOS CONEXOS. — ASESINATO CONSUMADO POR MEDIO DE INCENDIO, INUNDACION, ETC.

1.—Desde el momento en que las varias ocurrencias delictivas otorgaban competencia a la justicia militar, es incuestionable que se radicó en ésta el conocimiento y juzgamiento de los delitos imputados a los sindicados, no empece a la circunstancia de que al producirse el veredicto resultaran varios de los imputados absueltos de alguno o algunos de los cargos que —como ya se dijo —produjeron el fenómeno de la conexidad.

Por manera que lo fundamental para fijar la competencia en tales eventos, es, pues, el factor CONEXIDAD que una a las infracciones allí determinadas.

2.—La conexidad es un fenómeno que se predica del concurso de delitos, y por lo mismo, en los eventos del concurso material, cada delito tiene su individualidad propia, independiente de los demás que se hayan cometido. Esto porque la conexidad juega, no con los elementos constitutivos de cada delito, sino con el nexo que liga un hecho punible con otro. Circunstancia que se presenta claramente en el caso a estudio, pues la rebelión determinó la muerte de los tres agentes de policía y de los dos civiles, y durante la revuelta y como consecuencia inmediata, hubo incendio de los archivos oficiales y apoderamiento, por medio de la violencia, de varios bienes de propiedad de particulares y del Estado. De tal suerte que en todos esos actos punibles operaron relaciones causales y circunstancias comunes de modo, tiempo y lugar.

La circunstancia de que unos sindicados cometieran sólo rebelión, y otros parte o la totalidad de los delitos investigados, es problema que se refiere únicamente a la coparticipación criminosa y a la responsabilidad penal, pero no al tema de si los delitos tuvieron conexión entre sí.

En la coparticipación, la responsabilidad de los distintos cooperadores de uno o varios delitos es individual y divisible, por la sencilla razón de que la complicidad es una cuestión accesoria que se predica de algo principal, que es el hecho punible cometido. De tal suerte que no hay inconveniente jurídico alguno en radicar en sólo una persona, o en grupo de ellas, habiendo varias sindicadas, la íntegra culpabilidad por los delitos materia del proceso, y en negarla para las demás, cuya participación no aparece establecida. En materia de imputabilidad, cada sujeto responde de su propia obra y de su propio dolo, y no de la culpa de otros.

En cambio, en la conexidad se busca el enlace de las infracciones para investigarlas y juzgarlas en un solo negocio. Actúan en ésto los principios de la competencia, la unidad del proceso y la economía del procedimiento.

3.—Bien parece que el sistema del artículo 130 del Código de Justicia Militar de 1945 es el mismo adoptado por la Ley 4ª de 1943, artículo 28, pero con una diferencia fundamental, surgida de que en virtud del art. 130 del Código de Justicia Penal Militar no puede incluírse, como sí lo hace el artículo 28 mencionado, la determinación del hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, por cuanto en los procesos adelantados ante los Consejos de Guerra Verbales el cuestionario no se formula de acuerdo con el auto de proceder, ya que éste no existe, sino en consonancia con "el hecho o hechos materia de la investigación".

Esta falta de auto de proceder conviene destacarla, porque es indudable que la ausencia de esta etapa en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, trae repercusiones de indiscutible importancia en la secuela de los juicios, y se traduce en no pocos casos en situaciones que no se compaginan con la forma verdaderamente legal como deben juzgarse determinados delitos que, por tener dentro del Código distinta denominación específica, aunque correspondan a un mismo género, deben ser sometidas esas diferentes modalidades del hecho o ca-

racterísticas específicas a la consideración de los Vocales del Consejo, como otras tantas formas del ilícito que por no estar suficientemente delimitadas en una providencia de fondo, calificadora, como es siempre el auto de vocación a juicio, su ausencia del cuestionario puede dar motivo a que se haga un juzgamiento penal sin que el autor o autores del hecho hayan sido efectivamente oídos y vencidos en juicio.

4.—El artículo 139 del Código Penal contempla dos modalidades en las notas esenciales del delito de rebelión, a saber: que el alzamiento en armas se encamine a "derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituído"; o a "cambiar o suspender, en todo o en parte, el régimen constitucional existente". Es decir, que el delito se perfecciona cuando la acción en armas de los rebeldes se dirija a una cualquiera de esas dos finalidades. En una palabra, no se necesita —para la consumación del ilícito— que los agentes procedan con doble finalidad: derrocar al Gobierno Nacional y cambiar el régimen constitucional existente.

5. El art. 363 del Código Penal denomina asesinato al homicidio agravado o calificado, cuando se ejecuta con el propósito de matar con la concurrencia de una o de algunas de las condiciones señaladas en los numerales del citado artículo. Estas circunstancias no constituyen modalidades accidentales o accesorias del homicidio o asesinato, pues son elementos constitutivos y específicos que determinan su naturaleza, separándolo del homicidio simplemente intencional. Por ser cualidades esenciales o de sustancia para la integración del homicidio —asesinato— se hallan contempladas en la parte especial del estatuto represivo, donde se señalan los hechos necesarios e indispensables para fijar la tipicidad de cada delito.

Y en cuanto a los medios extraordinarios, de que se sirve el asesino, el numeral 8º del art. 363 del Código los concreta al "incendio, inundación, siniestro ferroviario u otro de los delitos prescritos en el Título VIII de este Libro".

La circunstancia que se confronta en el caso sub judice, es la de incendio para matar, o sea el medio empleado por el agente para la consumación del homicidio.

La fuerza calificante de dicha circunstancia radica en la mayor energía y perfidia del medio empleado por el delincuente, y en el peligro común que tales medios entrañan para la colectividad.

En estos eventos, se requieren las siguientes condiciones para que el homicidio tome la denominación de asesinato:

1ª—Una relación objetiva, de causa a efecto, entre el empleo del incendio, la inundación, el siniestro, ferroviario, etc., y la muerte. Si uno de esos medios se aplica sobre un cadáver, la cuestionada circunstancia calificadora desaparece, porque la causa no puede ser posterior al efecto;

2ª—Una relación subjetiva entre dichos medios y la muerte, en cuanto el agresor los escoge precisamente para extinguir la vida de una persona. El incendio, la inundación, etc., han de ser, pues, PARA matar.

En cambio, si como resultado del empleo de uno de esos medios de gran potencialidad, sobreviene la muerte de alguna persona, sin el propósito de causarla, se incurrirá en un homicidio preterintencional común y en un concurso de infracciones; y

3ª—El medio buscado para matar, debe ser uno de aquellos que contempla el Código Penal en su Título VIII, Libro II, esto es, los que "envuelven un peligro común".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Alejandro Camacho Latorre)

Vistos:

El Comando General de las Fuerzas Militares, en sentencia de veinticuatro de abril del año próximo pasado, condenó, entre otros, a **José Vicente Reyes** y **Joaquín Parra**, a las penas principales de diez y ocho años de presidio y multa de dos mil pesos para cada uno, como responsables de los delitos de homicidio —asesinato—, robo, rebelión e incendio.

Contra dicho fallo los procesados anteriormente nombrados interpusieron el recurso de casación y su apoderado especial presentó oportunamente el libelo respectivo, y como se hallan cumplidos los requisitos propios del recurso, se procede a resolver.

Hechos:

Dá cuenta el proceso que en las primeras horas de la madrugada del día diez de marzo de mil novecientos cincuenta, invadieron el caserío de La Aurora, Municipio de Cunday —Tolima—, varios individuos armados con diferentes armas tales como fusiles, escopetas, revólveres, pistolas, peinillas, machetes y palos, e inmediatamente procedieron a atacar la Casa Municipal, donde pernoctaban algunos agentes de la policía nacional —División Tolima—. En el asalto resultaron heridos los agentes Santiago Useche, Luis Leopoldo Osuna y Neftalí Medina, quienes fueron sacados de la Casa Municipal y llevados a la plaza del caserío donde fueron nuevamente heridos a machete; luego arrastraron sus cuerpos, no se sabe con certeza si vivos o muertos, hasta un solar o manga, donde regándoles gasolina les prendieron fuego.

Los señores Aristógenes y Juan Bautista Rodríguez, sabedores de lo que ocurría, salieron a la plaza también recibieron muerte violenta en circunstancias no bien establecidas.

Consumados los delitos contra las personas, los revoltosos atacaron la oficina de la Inspección de Policía y destruyeron los muebles y documentos que allí se encontraban y en seguida les prendieron fuego; de esa misma oficina tomaron para sí varios objetos de propiedad oficial. Luégo la multitud se dedicó a atacar las tiendas y almacenes de la localidad de donde se sustrajeron dineros y toda clase de objetos.

Aquellas gentes se hallaban comandadas por cabecillas, y decían obrar en nombre de la revolución que había estallado en todo el país y que estaba en posesión del Gobierno Nacional, pues, afirmaban que tanto el Presidente en ejercicio, doctor Mariano Ospina Pérez, como el Presidente electo, doctor Laureano Gómez, habían sido asesinados.

Actuación procesal

De conformidad con las facultades conferidas por medio del Decreto N° 3562 y previo concepto del Juez Militar de la Brigada de Institutos Militares y solicitud del señor Comandante de la misma Brigada, el Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, por medio de Resolución Nº 10 de 3 de febrero de 1951, convocó Consejo de Guerra Verbal para juzgar, por el procedimiento de la ley 3ª de 1945, a numerosos procesados, entre ellos, a los recurrentes José Vicente Reyes y Joaquín Parra, al primero "por los delitos de Rebelión y como Copartícipe en los de asesinato en los agentes de policía Medina, Useche, y Osuna y el civil Rodríguez, Robo e Incendio de archivos oficiales", y al segundo "por los delitos de Rebelión y como Copartícipe en los de asesinato de los mencionados agentes de policía y del civil Rodríguez, Robo y Saqueo e Incendio de archivos oficiales".

Reunido el Consejo de Guerra Verbal se le sometieron cuatro cuestionarios en cuanto al procesado José Vicente Reyes, y otros cuatro en relación con el procesado Joaquín Parra. Cuestiones que versan sobre los delitos de rebelión, homicidio, robo e incendio.

Se transcriben a continuación los cuestionarios atinentes a la rebelión y al homicidio, por estar concretados a esos dos únicamente, en la demanda, la nulidad de los interrogatorios que el recurrente alega.

Cuestionarios referentes a José Vicente Reyes

"**Primero**—¿**José Vicente Reyes** es responsable, sí o no, de haber tomado parte activa personalmente, secundando a Eccehomo Sierra y a Ramón Rodríguez (a. Patillas), en un alzamiento en armas, con el propósito de derrocar al Gobierno Nacional legítimamente constituído, hecho éste consumado en las horas de la mañana del día diez de marzo de mil novecientos cincuenta (1950), en el Corregimiento de La Aurora, municipio de Cunday, Departamento del Tolima?

"**Segundo.**—¿**José Vicente Reyes** es responsable, sí o no, de haber participado personalmente, en compañía de otros individuos, y con el propósito de matar, en el ataque a mano armada contra los agentes de la Policía Nacional —División Tolima— señores Neftalí Medina, Santiago Useche y Luis Leopoldo Osuna y contra el civil Aristógenes Rodríguez, logrando efectivamente darles muerte, hecho éste llevado a cabo mediante concierto previo con otras personas y de haber cooperado también en la incineración de los cuerpos de las víctimas, actos ejecutados en la población o caserío de La Aurora, Municipio de Cunday, el día diez (10) de marzo de mil novecientos cincuenta (1950)?" (Fs. 72, cuaderno 3º).

Cuestiones referentes a Joaquín Parra

"**Primero.**—¿**Joaquín Parra** es responsable, sí o no, de haber tomado parte personalmente en un al-

zamiento en armas que comandaban Eccheomo Sierra y Ramón Rodríguez (a. Patillas), con el propósito de derrocar al gobierno nacional legítimamente constituído, hecho éste cumplido en las horas de la mañana del día diez de marzo de mil novecientos cincuenta (1950), en el caserío de La Aurora, municipio de Cunday, Departamento del Tolima?

"**Segundo.—¿Joaquín Parra** es responsable, sí o no, de haber participado personalmente y con el propósito de matar, en el ataque a mano armada contra los agentes de la Policía Nacional —División Tolima— señores Neftalí Medina, Santiago Useche y Luis Leopoldo Osuna y contra el civil Aristógenes Rodríguez, logrando efectivamente darles muerte, hecho éste llevado a cabo mediante concierto previo con otras personas, y de haber cooperado en la incineración de los cuerpos de las víctimas; actos ejecutados en el caserío de La Aurora, municipio de Cunday, Departamento del Tolima, el día diez (10) de marzo de mil novecientos cincuenta (1950)?" (Fs. 73).

Las anteriores cuestiones fueron contestadas afirmativamente, así: las de rebelión, por unanimidad, y las de homicidio, por mayoría de votos.

De lo anterior surgió la sentencia que es materia del recurso de casación y que es motivo del presente fallo.

Demanda de casación

El demandante invoca y sustenta las causales primera, tercera y cuarta del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Se estudiará de preferencia la causal cuarta porque es la que más radicalmente afecta el proceso y porque en caso de que ésta prospere, no habría necesidad de estudiar las demás propuestas.

Causal 4ª.—Nulidad del proceso.

El demandante, con fundamento en esta causal, ataca el fallo recurrido en casación por dos motivos principales.

Primer motivo.—Incompetencia de jurisdicción.

Alega el recurrente incompetencia de jurisdicción, porque "el fallo recurrido rompe la conexidad entre los delitos por los cuales fueron encausados mis dos poderdantes", cuando dicho fallo expresa que la serie de actos cometidos por los procesados "configuraron cada uno por sí solo, un delito independiente uno de otro, ya que cada uno puede existir sin el cometimiento del otro. Pudo existir la **Rebelión** sin el **Homicidio,** y de ahí que algunos fueron responsabilizados por **Rebelión** únicamente; otros por **Rebelión** e **Incendio,** y otros por varios más... Si no había conexidad entre la Rebelión y el Homicidio, el Consejo de Guerra no tenía facultad jurisdiccional para avocar el conocimiento de este proceso", pues la conexidad entre los delitos es la que fija la competencia, al tenor del Decreto Nº 3562 de 10 de noviembre de 1949.

Se considera:

Es evidente que la competencia para el Juzgamiento de los delitos que se atribuyen a los procesados en este negocio, surge del Decreto número 3562, de 10 de noviembre de 1949, en virtud del cual se radica en los Comandos de Brigada de las Fuerzas Militares el conocimiento y juzgamiento de los delitos en que incurran tanto los militares como los civiles. Entre los delitos materia de la competencia, señaló los de hurto, robo y contra la vida y la integridad personal, "pero estos últimos cuando se cometan en conexidad con cualquiera de los anteriormente nombrados, y de que trata el Código Penal común, cometidos en el territorio nacional durante la vigencia del presente Decreto. Y en la enumeración de los delitos "anteriormente nombrados", figuran los lesivos del régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. Igualmente dispuso el Decreto citado que "cuando se incurriere en cualquier otro delito de los no especificados en el inciso anterior, en conexidad con cualquiera de los allí nombrados, su conocimiento y juzgamiento corresponderá, igualmente, a la Justicia Penal Militar".

Como a los procesados se les imputara, aparte de los delitos de homicidio —asesinato— en los agentes de policía Neftalí Medina, Santiago Useche y Luis Leopoldo Osuna y en el civil Aristógenes Rodríguez, los delitos de robo, saqueo e incendio de archivos oficiales, de tales circunstancias surgió el fenómeno de la conexidad, que dió competencia a la justicia militar, sustrayendo el conocimiento y juzgamiento de los hechos, en virtud de aquel fenómeno, de la justicia común.

Así las cosas, desde el momento en que las varias ocurrencias delictivas otorgaban competencia a la justicia militar, es incuestionable que se radicó en ésta el conocimiento y juzgamiento de los delitos imputados a los sindicados, no empece a la circunstancia de que al producirse el veredicto resultaran varios de los imputados absueltos de

alguno o algunos de los cargos que —como ya se dijo— produjeron el fenómeno de la conexidad.

Por manera que lo fundamental para fijar la competencia en tales eventos es, pues, el factor **conexidad** que una a las infracciones allí determinadas.

"Como lo expuso la Procuraduría en otra oportunidad y con motivo de la interpretación del mencionado Decreto, la palabra conexidad, al tenor de su etimología, significa **enlazado con.** Tal vocablo se aplica en el derecho penal al tratar del concurso de delitos, para señalar el vínculo lógico que los une entre sí y determinar la competencia y el procedimiento, a fin de juzgarlos en un solo proceso. Medida ésta de indiscutible interés público, porque se encamina a la economía procesal, al conocimiento íntegro de los hechos realizados, al examen en conjunto de las pruebas recogidas y a la interpretación más amplia de la personalidad del delincuente traducida en sus varios delitos.

"La conexidad, por lo tanto, implica una relación que se deriva de la persona, de la pluralidad de infracciones cometidas por ésta y de la prueba.

"Esa relación o enlace de los distintos hechos punibles puede obedecer a muchos factores, como la unidad de designio entre los delincuentes, las circunstancias del momento, la unidad de los medios empleados, etc.; pero el vínculo más común es el de causa a efecto en cuanto uno de los delitos dá origen a los demás.

"Ahora bien: tanto la competencia por conexidad como la competencia en general para conocer de un negocio, la adquiere el Juez una vez que están cumplidos los requisitos que la determinan, o sea la persona, la naturaleza del delito y el territorio en que se realiza. Y adquirida la competencia, el Juez del conocimiento tiene potestad legal para pronunciarse sobre todos los actos jurisdiccionales que demande el desarrollo de la acción penal, hasta poner fin al proceso con la sentencia definitiva, sin que los resultados positivos o negativos de los hechos y los concernientes a la responsabilidad del autor o partícipe, o cualquier otra contingencia surgida en el curso del asunto, menoscaben en nada los poderes del funcionario competente. Esto es una pura consecuencia del principio de la indivisibilidad de la acción penal y de la jurisdicción, y de la unidad del proceso que, como conjunto que es de actos coordinados y dirigidos a un mismo fin, tiene que terminar mediante un fallo emanado del Juez competente.

"En virtud de ésto, el funcionario del conocimiento puede condenar por un delito y absolver por otros de los que han sido materia de la conexidad, sin que el presupuesto de la competencia se destruya, ya que una cosa es la jurisdicción, y otra, muy distinta, los problemas jurídicos que haya de resolver el Juez con base en las pruebas allegadas, en las resoluciones de los jurados, según el caso, y en las alegaciones de las partes. O, hablando con más claridad, no se debe confundir lo relativo a la jurisdicción y competencia con las facultades que éstas otorgan al Juez para fallar de acuerdo con lo demostrado en los autos.

"Por eso, se observa con frecuencia en los Juzgados Superiores que, enjuiciado un sujeto por homicidio y lesiones personales, por ejemplo, el Jurado niega la responsabilidad por el primer delito, y la acepta en el segundo. Pues, bien: el Juez absuelve al acusado por homicidio y lo condena por lesiones, aunque de éstas corresponda conocer generalmente a otros funcionarios. Y en ello no hay irregularidad alguna, puesto que la competencia se fijó en el Juez Superior por razón del vínculo de conexidad entre ambos delitos; y ese vínculo era, precisamente, el que le daba poder jurisdiccional, a través de todo el proceso, para resolver sobre cada una de las infracciones **sub judice**".

Es verdad que el demandante no ataca la existencia misma del vínculo de conexidad entre los distintos delitos cometidos por los acusados. Su crítica se basa en un mero concepto doctrinario consignado en la sentencia recurrida en casación al tratar de la individualización de la pena correspondiente al concurso de delitos, y que dice:

"Queda por estudiar la ley aplicable en el caso de concurso de delitos. Como es el caso de varios de los sindicados a quienes se les dedujo responsabilidad en este proceso. Hay tres maneras de cometer delitos concursantes:... La serie de actos cometidos, configuraron, cada uno por sí, un delito independiente uno de otro, ya que cada uno pudo existir sin el cometimiento del otro. Pudo existir la rebelión, sin el homicidio, y de ahí que algunos fueran responsabilizados por rebelión y homicidio, y otros por varios más. En este caso hubo el concurso real y material de delitos, porque fueron violadas varias infracciones separada o conjuntamente y se juzgan en un mismo proceso".

Ya se dijo que la conexidad es un fenómeno que se predica del concurso de delitos, y que por lo mismo —como lo anota la Procuraduría— en los eventos del concurso material, que es la cuestión planteada en autos, cada delito tiene su individualidad propia, independiente de los demás que se hayan cometido, como bien se afirma en la sentencia recurrida. Esto porque la conexidad juega, no con los elementos constitutivos de cada delito sino con el nexo que liga un hecho punible con

otro. Circunstancia que se presenta claramente en el caso a estudio, pues, la rebelión determinó la muerte de los tres agentes de policía y de los dos civiles y durante la revuelta y como su consecuencia inmediata, hubo incendio de los archivos oficiales y apoderamiento, por medio de la violencia, de varios bienes de propiedad de particulares y del Estado. De tal suerte que en todos esos actos punibles operaron relaciones causales y circunstancias comunes de modo, tiempo y lugar.

La circunstancia de que unos sindicados cometieran sólo rebelión, y otros parte o la totalidad de los delitos investigados, es problema que se refiere únicamente a la coparticipación criminosa y a la responsabilidad penal pero no al tema de si los delitos tuvieron conexión entre sí.

"En lo primero —coparticipación— la responsabilidad de los distintos cooperadores de uno o varios delitos es individual y divisible, por la sencilla razón de que la complicidad es una cuestión accesoria que se predica de alguno principal, que es el hecho punible cometido. De tal suerte que no hay inconveniente jurídico alguno en radicar en sólo una persona, o en un grupo de ellas, habiendo varias sindicadas, la íntegra culpabilidad por los delitos materia del proceso, y en negarla para las demás, cuya participación no aparece establecida. En materia de imputabilidad, cada sujeto responde de su propia obra y de su propio dolo, y no de la culpa de otros.

"En cambio, en la conexidad se busca el enlace de las infracciones para investigarlas y juzgarlas en un solo negocio. Actúan en ésto los principios de la competencia, la unidad del proceso y la economía del procedimiento".

No prospera, por lo tanto, este primer cargo de la causal que se estudia.

Segundo Cargo.—Nulidad por error sustancial en los cuestionarios.

Sostiene el demandante que existe nulidad referente a error en la denominación jurídica del delito, por cuanto "las preguntas relativas a la rebelión y al asesinato no contenían los elementos constitutivos de estas infracciones y que, a pesar de ello, se tuvieron, por el Comando General de las Fuerzas Militares, como plenamente establecidos por las pruebas y por el veredicto del Consejo. Y nadie duda que el cargo debe quedar claramente precisado para que el presunto responsable pueda preparar sus descargos e intentar su defensa".

"En el presente caso —agrega— los señores Vocales del Consejo nada aseguraron sobre los caracteres que tipifican el **asesinato**, y el sentenciador le atribuyó una existencia irrebatible, sin considerar que a los procesados no se les hizo la consiguiente acusación como resulta de la sola lectura del cuestionario que la Corte, con atendibles y buenas razones, ha asimilado al pliego de cargos, al auto de proceder de los procesos comunes. Igualmente es dable afirmar respecto de la **Rebelión**, y el Comando dice que los ciudadanos de La Aurora "pretendían la renovación del órgano Ejecutivo", cuando a ellos no se les insinuó siquiera una conducta defensiva por este concepto. Sin cumplir estas formalidades que la ley determina, resulta equívoco el cargo, y por lo mismo, impreciso".

Transcribe a continuación el artículo 130 de la Ley 3ª de 1945, sobre redacción del cuestionario, y finaliza invocando una nulidad sustancial, por infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Se considera:

De conformidad con el artículo 130 del Código de Justicia Penal Militar de 1945, estatuto que regía en la época de los delitos aquí juzgados, los cuestionarios debían redactarse de la siguiente manera:

"¿El acusado N. N. es responsable de los hechos (aquí se determina el hecho o hechos materia de la investigación, especificando los elementos que lo constituyen sin darles denominación jurídica)?".

"Si el procesado se halla en estado de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en el artículo 29 del Código Penal común, se agrega el siguiente cuestionario: "¿A tiempo de cometer el hecho a que se refiere el cuestionario anterior, N. N. se hallaba en estado de enajenación mental?; ¿de intoxicación crónica?; ¿o padecía grave anomalía psíquica?" (art. 130).

Bien parece que es éste el mismo sistema adoptado por la ley 4ª de 1943, artículo 28, pero con una diferencia fundamental, surgida de que en virtud, del artículo 130 del Código de Justicia Penal Militar no puede incluírse en el cuestionario, como sí lo hace el artículo 28, la determinación del hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, por cuanto en los procesos adelantados ante los Consejos de Guerra Verbales, el cuestionario no se formula de acuerdo con el auto de proceder, ya que éste no existe, sino en con-

sonancia con "el hecho o hechos materia de la investigación".

"Esta falta de auto de proceder —ha dicho la Corte— conviene destacarla, porque es indudable que la ausencia de esta etapa en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales trae repercusiones de indiscutible importancia en la secuela de los juicios y se traduce en no pocos casos en situaciones que no se compaginan con la forma verdaderamente legal como deben juzgarse determinados delitos que por tener dentro del Código distinta denominación específica, aunque correspondan a un mismo género, deben ser sometidas esas diferentes modalidades del hecho o características específicas a la consideración de los Vocales del Consejo, como otras tantas formas del ilícito que por no estar suficientemente delimitadas en una providencia de fondo, calificadora como es siempre el auto de vocación a juicio, su ausencia del cuestionario puede dar motivo a que se haga un juzgamiento penal sin que el autor o autores del hecho hayan sido efectivamente oídos y vencidos en juicio".

De ahí que el señor Procurador Delegado en lo Penal, diga con sobrada razón, lo siguiente:

"Particularidad ésta importantísima y trascendental del cuestionario, en virtud de la cual el Asesor Jurídico del Consejo de Guerra tiene que ser muy cuidadoso y elaborar el interrogatorio en forma clara, precisa y completa, ya que ese documento viene a constituír como la síntesis de la investigación y el pliego de cargos que se le formula al acusado para que se defienda de él y para que, a su vez, los vocales del jurado militar tengan un derrotero cierto y definido en la calificación de los hechos sobre que versa el debate. Lo cual toma mayor fuerza, si se tiene en cuenta que en esta clase de juicios, la investigación se hace en términos rapidísimos que perturban y cercenan la amplitud en la práctica de las pruebas; no se admite la intervención de defensores civiles preparados en la ciencia del derecho, sino la de oficiales militares, generalmente extraños a las disciplinas jurídicas; no se dá traslado a los Vocales para que estudien el proceso y formen su convicción acerca de la responsabilidad o de la inocencia del sindicado; y, finalmente, las partes sólo pueden hablar por una sola o única vez durante el curso de las sesiones permanentes.

"El cuestionario, por lo visto, no es algo de simple ritualidad, sino un acto procesal de los más destacados y decisivos del juzgamiento, por cuanto de él se derivan consecuencias definitivas para la justicia y la defensa colectiva, como son la condena o la absolución del acusado y la calidad y cuantía de la pena, en caso de veredicto afirmativo.

"Ello, porque el interrogatorio que se haga a los jueces de conciencia ha de contener una completa síntesis de los hechos sustanciales materia del debate, y su calificación por el Jurado dá la pauta o base para dictar la sentencia definitiva. En el cuestionario deben quedar, por consiguiente, determinados los elementos materiales del delito, en su noción genérica y específica, los atinentes, a la responsabilidad y a las circunstancias que especialmente influyan para adaptar la sanción al delincuente.

"En la anatomía jurídica del delito se encuentran elementos esenciales o constitutivos, y elementos accidentales o accesorios.

"Los primeros son los presupuestos de hecho y de derecho para que una infracción exista, según las figuras especiales contempladas por el legislador. Es el delito en su tipo genérico. Pero dentro de ese género, se encuentran especies singulares —agravadas o atenuadas— por virtud de modalidades características de la infracción. Así, por ejemplo, genéricamente el homicidio es la muerte de un hombre por virtud de la obra de otro hombre; y específicamente, el homicidio puede ser asesinato, meramente doloso, preterintencional, culposo, concausal, etc.

"Los elementos accesorios son factores no indispensables para la subsistencia de la figura misma delictiva y que sirven para individualizar la sanción dentro de su máximo y su mínimo. Son las llamadas circunstancias de mayor y menor peligrosidad en la nomenclatura de los códigos prositivistas.

"Los elementos constitutivos del ilícito y las distintas especies delictuosas del mismo, se hallan consignados en la parte especial del estatuto represivo; y a diferencia de las circunstancias secundarias, que se encuentran en la parte general del Código. Los primeros, en el procedimiento ordinario, son materia del auto de proceder y de la calificación del Jurado, en los juicios en que éste interviene; las últimas son de la libre apreciación del Juez de derecho en el momento de pronunciar sentencia".

Afirma el demandante que en este proceso los cuestionarios referentes a los delitos de rebelión y asesinato están viciados de error grave, por cuanto omitieron consignar "los elementos constitutivos de tales delitos".

Se estudiarán por separado los cuestionarios referentes a los dos delitos ameritados.

Rebelión.—El artículo 139 del Código Penal

—aplicable en este caso— estructura el delito de rebelión por el hecho de promover, encabezar o dirigir "un alzamiento en armas para derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituído, o para cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente, en lo que se refiere a la formación, funcionamiento o renovación de los Poderes Públicos u órganos de la soberanía...".

De tal suerte que la disposición contempla dos modalidades en las notas esenciales del delito de rebelión, a saber: que el alzamiento en armas se encamine a "derrocar al Gobierno Nacional, legalmente constituído"; o a "cambiar o suspender, en todo o en parte, el régimen constitucional existente". Es decir que el delito se perfecciona cuando la acción en armas de los rebeldes se dirija a una cualquiera de esas dos finalidades. En una palabra, no se necesita —para la consumación del ilícito— que los agentes procedan con doble finalidad: derrocar al Gobierno Nacional y cambiar el régimen constitucional existente.

En el caso a estudio, los cuestionarios sometidos a los Vocales del Consejo para los procesados recurrentes y en relación con el delito de rebelión, preguntan si ellos son responsables de haber tomado parte "en alzamiento en armas, con el propósito de derrocar al Gobierno Nacional". Es decir que se interrogó claramente sobre la primera modalidad contemplada en el artículo 139 del Código Penal que, por sí sola estructura el delito de rebelión, como ya se dijo.

Por manera, —como lo anota el colaborador— hay una perfecta concordancia entre las características de la rebelión que tipifica el Código Penal, y los hechos consignados en los cuestionarios al respecto. Se cumplió, pues, con lo ordenado por el artículo 130 de la ley 3ª de 1945.

No tiene fundamento el cargo sobre deficiencia de los cuestionarios atinentes al delito de rebelión.

Homicidio —asesinato—. El artículo 363 del Código Penal denomina asesinato al homicidio agravado o calificado cuando se ejecuta con el propósito de matar con la concurrencia de una o de algunas de las condiciones señaladas en los numerales del citado artículo. Estas circunstancias no **constituyen modalidades** accidentales o accesorias del homicidio denominado asesinato, pues son **elementos constitutivos y específicos que determinan** su naturaleza, separándolo del homicidio simplemente intencional. Por ser cualidades esenciales o de sustancia para la integración del homicidio —asesinato— se hallan contempladas en la parte especial del estatuto represivo donde se señalan los hechos necesarios e indispensables para fijar la tipicidad de cada delito.

Y en cuanto a los medios extraordinarios de que se sirve el asesino, el numeral 8º del artículo 363 del Código los concreta al "incendio, inundación, siniestro ferroviario u otro de los delitos prescritos en el Título VIII de este Libro".

La circunstancia que se confronta en el caso **sub judice**, es la de incendio para matar, o sea el medio empleado por el agente para la consumación del homicidio.

"La fuerza calificante de dicha circunstancia —dice la Procuraduría— radica en la mayor energía y perfidia del medio empleado por el delincuente, y en el peligro común que tales medios entrañan para la colectividad.

"En estos eventos, se requieren las siguientes condiciones para que el homicidio tome la denominación de asesinato:

"1ª Una relación objetiva, de causa a efecto, entre el empleo del incendio, la inundación, el siniestro ferroviario, etc., y la muerte. Si uno de esos medios se aplica sobre un cadáver, la cuestionada circunstancia calificadora desaparece, porque la causa no puede ser posterior al efecto;

"2ª Una relación subjetiva entre dichos medios y la muerte, en cuanto el agresor los escoge precisamente para extinguir la vida de una persona. El incendio, la inundación, etc., han de ser, pues, **para** matar.

"En cambio, si como resultado del empleo de uno de esos medios de gran potencialidad, sobreviene la muerte de alguna persona, sin el propósito de causarla, se incurrirá en un homicidio preterintencional común y en un concurso de infracciones; y

"3ª El medio buscado para matar debe ser uno de aquellos que contempla el Código Penal en su Título VIII, libro II, esto es, los que "envuelven un peligro común".

"Se incurre en la agravante —dice Irureta Goyena—, cuando se mata a una persona **animo necandi** por medio del incendio, no por medio del fuego. El fuego es una cosa, el incendio es otra. Incendio es la excitación dolosa de una llama peligrosa. Los antiguos clásicos definían el incendio, definición que se contiene todavía, diciendo: **Incendium est delictum, quo ignis periculosus excitatur.** (Incendio es el delito que consiste en la excitación de una llama peligrosa). El que diere muerte, por consiguiente, a un sujeto, a fuego lento por medios como los que determinaron el

martirio de San Lorenzo, no incurriría en la agravante del homicidio analizada".

Y Soler expresa:

"El medio empleado no es en sí mismo calificante, sino que alcanza esa calidad por la forma en que se lo usa. Aplicarle fuego a una persona directamente y sin peligro para los demás ni para los bienes, constituiría, si se quiere, sevicia; pero no este delito. Para que se dé esta agravante se requiere, además de la muerte de un hombre, el peligro común para los bienes o las personas, que caracteriza y constituye la figura de los delitos contra la seguridad pública".

En los cuestionarios referentes a los homicidios y en relación con los procesados recurrentes José Vicente Reyes y Joaquín Parra, se le preguntó al Consejo de Guerra Verbal si dichos sujetos eran "responsables, de haber participado personalmente, en compañía de otros individuos, y con el propósito de matar, en el ataque a mano armada contra los agentes de la Policía Nacional —División Tolima— señores Neftalí Medina, Santiago Useche y Luis Leopoldo Osuna y contra el civil Aristógenes Rodríguez, logrando efectivamente darles muerte... y de haber cooperado en la incineración de los cuerpos de las víctimas; actos ejecutados" etc.

De tal suerte que —como lo anota la Procuraduría— dos cosas claras aparecen del anterior cuestionario y de la respuesta afirmativa dada por el Consejo: a) Que los acusados Reyes y Parra acometieron, "a mano armada" contra las víctimas del delito; y b) Que en ese ataque lograron "efectivamente darles muerte". Lo que indica que los homicidios se cometieron por medio de **armas,** que en realidad se usaron, y no por medio de **incendio,** que es el medio extraordinario a que se refiere el ordinal 8° del artículo 363 del Código Penal.

Así las cosas, tanto el cuestionario como el veredicto plantean simplemente un homicidio común de los previstos por el artículo 362 y por homicidio —asesinato— de los señalados por el artículo 363. "Pues el aditamento que se hizo, de que los responsables cooperaron, también "en la incineración de los cuerpos de las víctimas", viene a ser un hecho posterior a la muerte ya causada, y entonces la modalidad del incendio no se configura como un medio extraordinario de matar. Dicho medio —se repite— ha de ser aplicado sobre el cuerpo de una **persona viva,** y no sobre el cadáver de la misma, para que haya asesinato". Por las mismas razones no podría considerarse probada la sevicia, circunstancia ésta que no fue considerada en los cuestionarios, ni reconocida en el veredicto.

Además, en los cuestionarios no se pregunta si el incendio se empleó, precisamente, para causar la muerte de las víctimas y si con él se puso en peligro la seguridad pública de las personas o sus bienes. "En una palabra, no aparece el nexo material y subjetivo entre el uso del incendio y los homicidios como resultado, ni la posibilidad del daño colectivo que constituyera el fuego peligroso puesto en acción por los acusados".

Es indudable que tan graves deficiencias en los cuestionarios obedecieron a que las pruebas que arroja el proceso sobre el particular son oscuras y plantean diferentes versiones, que no fueron esclarecidas durante la investigación.

Tales pruebas consisten en las diligencias de autopsia y en las declaraciones de Carmen Alarcón, Mercedes Hernández, Noé García, Ana López de Salgado, Leonor Cuervo de Barrios, Gilma v. de Rodríguez y Ana de Jesús Díaz.

En efecto, la necropsia del agente Santiago Useche dice que el cadáver presentaba una coloración negra, la propia y característica de las quemaduras generalizadas, y que tenía el antebrazo izquierdo amputado en su tercio inferior; que "la intensa y extensa carbonización del cadáver, y principalmente su avanzado estado de putrefacción, no permitía comprobar en él huellas de lesiones incisas o contusas, fuera de la amputación ya anotada"; que por esos motivos no fue posible "hallar una lesión de causalidad mortal en Santiago Useche, fuera, naturalmente, de la misma carbonización, de suyo esencialmente mortal **si fue hecha en vida";** que la amputación del antebrazo izquierdo era mortal, por hemorragia, si en plazo de horas no se subvenía a la hemostasis (ligadura arterial)"; y que "el grado de quemaduras consistente en carbonización **no deja señales distintas que permitan apreciar si aquélla ocurrió en vida o después de la muerte".**

En cuanto al agente Luis E. Osuna, observaron los peritos:

Que presenta coloración negra generalizada por carbonización; que el estado de putrefacción era avanzado, en la región inguinal derecha se notaba gran pérdida cutáneo-muscular, "sin que, sin embargo, el estado de putrefacción permita afirmar una herida, si la hubo y su naturaleza"; que exhibía otra pérdida de sustancia cutáneo-muscular en el cuello, cara anterior, "en las mismas circunstancias de la ingle"; que en la superficie del tórax, en el sexto espacio intercostal derecho, te-

nía "una herida contusa, de ocho milímetros de diámetro..., producida por proyectil de arma de fuego", el cual "perforó el pulmón derecho atravesándolo"; que a la misma altura de esa herida, en la pared posterior del tórax y dos centímetros a la izquierda de la columna vertebral, "había una herida de bordes irregulares, que puede presumirse puerta de salida del proyectil".

Y concluyeron los médicos legistas así:

"La herida toraco-pulmonar, con sus huellas de hemorragia, era suficiente para producir la muerte de **Luis A. Osuna.** Aún sin la herida, el grado de quemadura general (carbonización), era de naturaleza esencialmente mortal, **en el caso de haber sido producida en vida.** Ese grado de quemadura, carbonización **no deja señales que permitan aclarar si fue producida en vida o después de la muerte".**

"En la autopsia del agente Neftalí Medina se lee que éste presentaba una coloración negra generalizada con carbonización cutáneo-muscular y con brechas irregulares en el tórax y en el abdomen; que en la región lumbar izquierda tenía una herida de cuatro centímetros de longitud, que interesó piel y tejido celular subcutáneo; que la intensa y generalizada carbonización del cadáver no permitía comprobar **en él otras lesiones distintas a las enunciadas";** que esa causa y la putrefacción de los tejidos blandos que no fueron quemados, impidieron "encontrar una lesión de causalidad mortal en Neftalí Medina, fuera de la carbonización, de suyo esencialmente mortal, **si fue hecha en vida",** que "la herida, de àspecto o inciso, que presentaba el cadáver en la región izquierda, era de carácter leve"; y que "la carbonización **no deja señales distintas que permitan establecer si aquélla ocurrió en vida o después de la muerte".**

Las autopsias de los cadáveres de Aristógenes y Juan B. Rodríguez no fueron practicadas.

De tal suerte que de la prueba por excelencia, que es la autopsia, se desprende lo siguiente: que, por el estado de carbonización y de putrefacción en que se encontraban los cadáveres de las víctimas, no fue posible determinar cuántas heridas tenía cada uno de ellos; que, no obstante a los señores Santiago Useche y a Luis Osuna se le encontraron lesiones mortales causadas, a Useche con arma cortante, y a Osuna con arma de fuego; y que el grado de carbonización de los cadáveres no permitió apreciar si las quemaduras fueron producidas "en vida o después de la muerte".

Lo que indica claramente que esta prueba no establece el vínculo de causalidad entre el incendio y la muerte de las víctimas.

En cuanto a los testigos se tiene lo siguiente:

Carmen Alarcón expone:

"...Sentí los disparos que hicieron los atacantes, hicieron tres descargas y a la última dizque mataron los policías... pasados algunos momentos los sacaron y se los llevaron a los cadáveres de los agentes arrastrando para un potrerito que queda a poca distancia y allí les metieron candela" (fl. 17, cuaderno 1º).

Noé García: "...Eccehomo mandó inclusive a mí, para que fuera a arrastrar **los cadáveres,** y no quise ir,... pero sí pude ver al señor Aristóbulo, de quien ignoro el apellido..., y lo ví cuando arrastraba **un cadáver"** (fl. 42).

Gilma v. de Rodríguez:... "Mi esposo Juan Bautista Rodríguez salió de la casa para los lados de la Inspección... y allí también se encontraba Aristógenes Rodríguez..., y **lo mataron** ahí mismo en los lados de la plaza de La Aurora, y mi marido al ver éso salió corriendo para la casa y me dijo que **acababan de matar a Aristógenes Rodríguez.** Después de haber matado a ese señor, se dedicaron a saquear las tiendas... Mi marido alcanzó a llegar al sitio donde se encontraba **el cadáver de Aristógenes Rodríguez"**/(fs. 86 y 86 v.).

Mercedes Hernández, concubina de uno de los agentes de policía dice:

"Mientras los agentes **estaban heridos,** la chusma ésa se puso a andar de casa en casa, amenazando a los hombres para que se metieran a seguir con ellos... Sería más ó menos la siete y media de la mañana cuando sacaron a los agentes y los arrastraron, a Osuna lo sacaron de los brazos arrastrándolo y los otros dos boca abajo de los pies y los llevaron a un potrero cercano donde hicieron un montón y fueron donde Bonifacio y le sacaron una gasolina, ésta la echaron sobre ellos y ahí mismo le metieron candela, y momentos después sentimos el olor a carne quemada" (fl. 18).

Leonor Cuervo de Barrios: "...Oí unos disparos y gritaron que **habían matado a Aristógenes Rodríguez"** (fl. 66 v.).

Ana López de Salgado, maestra de escuela, declara: "...Oí otro tiroteo aquí y me vine rápido para la oficina y cuando llegué ya estaban los tres agentes de policía tendidos, seguro los acababan de matar, **todavía estaban con vida, se movían** y también estaba el otro, el civil, **ése sí estaba muerto** yo oí cuando los agentes de policía llamaban Nelly (sic), la Telegrafista y la llamaba **era Useche** ...También presencié cuando andaba la chusma buscando gasolina y luego ví cuando salía humo y oí decir que estaban quemando **los heridos y al muerto"** (fs. 63 y 64 v.).

Nelly Salgado, telegrafista, expresa:

"...Sentí los disparos que hacían contra la

policía... llegó mi mamá con una señorita Celia Ortíz, mi madre lloró al ver **muerto a Aristógenes Rodríguez**..., mi madre también lloraba, al ver **los tres agentes muertos,** el Agente Osuna quedó botando sangre al resollar, la botaba por la nariz y por la boca...' el Agente Useche quedó bocabajo apoyando la cabeza sobre los brazos, como si estuviera muerto, él levantó la cabeza y me llamó señorita Nelly" (fs. 68 v.).

Y Ana de Jesús Díaz, lavadora de los agentes, depone:

"...Me dirigí de mi casa al local de la Inspección donde dormían los agentes Osuna, Useche y Medina... Se encontraban en ese local como cinco personas particulares armados con rifles y peinillas..., estaban frente del andén de la citada casa y casi al pie de los **muertos.** Yo llegué en ese momento al mismo sitio y desde donde pude observar que uno de esos señores que estaban armados le dió al cabo Osuna un machetazo en el cuello y luego le dió dos más... También ví al finado Useche que también estaba herido con arma cortante en la nuca, pero no sé quién se la daría ni a qué hora, pues cuando yo llegué ya los (sic) encontré **casi muertos a todos los tres agentes** y digo casi muertos porque todavía se movían, pero no hablaban... Cuando fuí por novelería al local de la Ispección de Policía, ya estaban muertos como dije antes" (fs. 104 y 104 v., Cuad. 2º).

Lo anterior indica que la prueba testimonial resulta dudosa en cuanto a establecer si las víctimas estaban todavía vivas, o se hallaban muertas cuando se les prendió fuego.

En todo caso, lo evidente es que los cuestionarios no consignaron los hechos esenciales del asesinato por medio del incendio, o mediante sevicia, en su ejecución, "si era que el Asesor Jurídico estaba convencido de que esas dos circunstancias calificantes del homicidio concurrieron en el caso de autos". Se habla en la sentencia recurrida de la existencia de otras modalidades del asesinato, tales como los motivos innobles o bajos, las condiciones de inferioridad o de indefensión de las víctimas, y el haber cometido los incendios para preparar, facilitar y consumar otros delitos. Pero es lo cierto que estas circunstancias modificadoras corresponde apreciarlas a los jurados, en los juicios en que ellos intervienen, y, por lo tanto, deben ser materia del cuestionario y del debate público en la audiencia. Cuestión que no se cumplió en el caso de autos, y en tal evento, los jueces de derecho no pueden deducir esos elementos constitutivos de un delito específico, pues, si así fuera, la sentencia se dictaría de acuerdo con el criterio jurídico del juzgador, y no con el veredicto. En el caso a estudio como ya se dijo, los interrogatorios al Consejo de Guerra Verbal no incluyeron aquellos presupuestos del asesinato, ni el veredicto los determinó, luego el sentenciador no podía considerarlos como probados para deducirlos en contra de los acusados.

"Es posible entender —ha dicho la Corte— que no se incurre en nulidad sustancial cuando en un proceso que carece de un acto fundamental del juicio penal, como es el auto de proceder, los cuestionarios que lo constituyen no contienen todos los elementos de configuración jurídica que son indispensables para que los Jueces de conciencia y de derecho, puedan señalar con exactitud jurídica la verdadera responsabilidad que corresponda al procesado o procesados y su veredicto sea la expresión exacta y perfecta del hecho imputado, sin que ningún equívoco pueda crear perplejidad en la sentencia judicial que ha de recaer sobre la decisión contenida en el veredicto.

"De otra suerte podría la justicia ser víctima de una arriesgada interpretación de la respuesta del jurado, atribuyéndole a su decisión un contenido jurídico de que carece y no otorgándole alguno que sí tiene y en ambas ocurrencias condenando o absolviendo sin precisar la fisonomía del delito, incurriendo de esta suerte en informalidad sustancial" (Sentencia de 20 de febrero de 1951. Casación de Luis Emilio Bogotá y otros. GACETA números 2096-2097, y página 186).

Lo anterior indica que se halla probada la causal cuarta de casación, por error esencial en los cuestionarios referentes a los delitos de homicidio, vicio que —como lo anota la Procuraduría— incide en el artículo 26 de la Carta. Por lo tanto, las demás causales propuestas no es la oportunidad de estudiarlas desde el momento en que la sentencia y el veredicto —en cuanto al delito de homicidio se refiere—, en virtud de la nulidad, deben ser invalidadas para reponer el procedimiento.

Es entendido que el vicio del procedimiento que concurre se refiere únicamente a los cuestionarios relativos a los delitos de homicidio, ya que a ese punto se concreta la demanda en la causal que se estudia.

Como lo anota el colaborador la nulidad no sólo debe comprender la reposición de los cuestionarios relacionados con los procesados recurrentes en casación José Vicente Reyes y Joaquín Parra, en lo atinente a los homicidios, sino también a los interrogatorios de los otros condenados por tales delitos —homicidio— o sean Ramón Rodríguez (a. Patillas), Emiliano Cuéllar, Enrique Cuéllar, Misael Cuéllar, Leandro Cuéllar y Luis Novoa, porque estando en un mismo pie de igualdad las

imputaciones de éstos y las de los recurrentes Reyes y Parra, aparte de que los cuestionarios respectivos adolecen de la misma anomalía, es de lógica y de equidad que a todos estos acusados se les juzgue nuevamente —por los delitos de homicidio— para evitar —entre otras cosas— posibles fallos contradictorios sobre el particular.

En cuanto a las absoluciones decretadas para varios procesados, por los delitos de homicidio, deben quedar en firme, porque en la casación no rige el principio de la **reformatio in pejus,** si el Ministerio Público no ha sido parte recurrente, como acontece en el caso de autos.

Por último, los veredictos afirmativos de responsabilidad dados para todos los sindicados que fueron sometidos a juicio por las demás infracciones —exceptuando las respuestas concernientes a los homicidios—, deben quedar en suspenso hasta tanto se reponga el procedimiento, a fin de que se dicte una sola sentencia que incluya la pluralidad de los acusados y de los delitos.

La Procuraduría solicita se investigue el posible delito de detención arbitraria cometido en este proceso contra José Dolores Malambo, y al efecto dice:

"La Procuraduría no puede pasar inadvertido el grave hecho de que el señor José Dolores Malambo se le mantuvo detenido, sin justa causa, por un tiempo considerable (del 16 de junio de 1950 al 19 de enero de 1952), sin definirle su situación jurídica, ni siquiera tomarle indagatoria, confundiéndolo con José Dolores Díaz Morales (a. Lolo), que era la persona sindicada en este asunto y quien también se hallaba detenida y puesta a órdenes de la autoridad militar el 20 de diciembre de 1950 (fs. 122, 176, 183, 245, 249, 251, 253, 258, 292, 293, 294, cuaderno 2º; 5 v. y 129, cuaderno 3º; y 64 y 65, cuaderno último).

"Fue necesaria la intervención directa del señor Procurador General de la Nación para conseguir la libertad de Malambo, ya encontrándose el expediente en la Corte (fs. 54, 62 a 64 y 68, cuaderno último).

"Aun más: José Dolores Malambo, reclamó insistentemente ante los jueces militares sobre su arbitraria detención, y nada se le resolvió (fs. 258, cuaderno 2º y 129, cuaderno 3º).

"Ello quiere decir que con Malambo pudo haberse cometido uno de los delitos que prevé el Capítulo II, Título XI y Libro II del Código Penal, infracción que debe investigarse".

Decisión del recurso

Por las razones expuestas, 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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.—Invalídase la sentencia de fecha veinticuatro de abril del año próximo pasado, proferida por el Comando General de las Fuerzas Militares, por nulidad de la actuación en cuanto a los cuestionarios formulados para José Vicente Reyes, Joaquín Parra, Ramón Rodríguez (a. Patillas), Emiliano Cuéllar, Enrique Cuéllar, Misael Cuéllar, Leandro Cuéllar y Luis Novoa, por los delitos de homicidio en las personas de los agentes de policía Santiago Useche, Luis Leopoldo Osuna, Neftalí Medina y el civil Aristógenes Rodríguez.

Segundo.—Ordénase reponer el procedimiento respectivo de acuerdo con el punto anterior.

Tercero. — Las absoluciones decretadas en la sentencia recurrida a favor de varios procesados quedan en firme; y, los veredictos afirmativos contra todos los procesados, por delitos distintos del homicidio, permanecerán en suspenso hasta que llegue el momento de pronunciar un solo fallo en este proceso.

Cuarto.—Sáquese copia de lo conducente para que se investigue el posible delito de detención arbitraria de José Dolores Malambo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez.—Angel Martín Vásquez—Julio E. Argüello R., Secretario.

EN LOS CONSEJOS DE GUERRA VERBALES, LOS CUESTIONARIOS DEBEN REDACTARSE ANTES DE QUE LAS PARTES HAGAN USO DE LA PALABRA. — JUZGAMIENTO POR DELITOS CONEXOS. — CONEXIDAD DE DELITOS. — APLICABILIDAD INMEDIATA DE LA LEY PROCESAL PENAL

1.—Dentro de la doctrina pueden existir en la conexidad distintas modalidades que le dan un carácter diferente, con nombres que corresponden a que tal fenómeno se denomine MATERIAL, si uno de los delitos no surge a la vida legal sino cuando, para ejecutarlo, el agente debió producir otro, unido al anterior por ese nexo objetivo que los hace inseparables; IDEOLOGICA O REAL, si en las infracciones cometidas se observa una relación de medio a fin, es decir, que uno de los delitos se ha cometido como medio para realizar otro; JURIDICA, si uno de los delitos pierde su autonomía al consumarse y se incorpora en el otro, bien sea para calificarlo o como de infracción de mayor entidad jurídica, ora sea para estructurar un concurso de delitos; y, por fin, CONSECUENCIAL, que como su nombre lo indica, surge cuando se pretende por el agente ocultar otro delito o procurar que quede impune.

2.—Como lo dijo la Corte, en sentencia de 20 de febrero de 1951: "No cabe la menor duda de que es en la investigación y en el juzgamiento de los delitos conexos cuando se radica la competencia en determinado tribunal —en el caso los Consejos de Guerra—. Esta situación procesal en nada se modifica cuando producido el juzgamiento, la decisión de los miembros de ese tribunal o vocales, sustrae determinados sujetos justiciables, de la responsabilidad que se les atribuyó en alguno de los hechos que constituyeron el factor predominante para que se operara el fenómeno de la conexidad.

"Desde el momento mismo que se radicó en un determinado tribunal la competencia para juzgar, circunstancias posteriores no pueden cambiar esta situación jurídica, porque el principio de la indivisibilidad penal y de la jurisdicción, lo mismo que la unidad del proceso, implican que haya un conjunto de actos coordinados y dirigidos a un mismo fin, que tiene que terminar mediante un fallo emanado del mismo Juez que adquirió desde el principio del proceso la jurisdicción para fallar" (G. J., Tomo 69, pág. 181).

3.—"La ley procedimental cuando no contiene precepto de orden sustantivo, sino de mera formalidad, de apreciación objetiva o externa, es de aplicación inmediata.

"La finalidad de la ley procedimental radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto por medio de ella se trata de garantizar la represión de un delito con la imposición de una pena. Si la nueva ley no agrava las condiciones del acusado disminuyendo los medios de defensa, sino al contrario los amplía y aumenta las posibilidades de éxito es de orden imperativo e inmediato. Si la ley de procedimiento encarna preceptos destinados a conducir el juicio por normas procesales más adecuadas hasta ponerlo en estado de sentencia, o si ella contempla formalidades no de esencia sino de procedimiento, de apreciación objetiva por parte del juzgador, la ley es también de aplicación inmediata. Estos dos preceptos tienen respaldo en lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

"Conforme a esta disposición, cuando la nueva ley de procedimiento entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la SUSTANCIACION y RITUALIDAD de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin menoscabar los principios defensivos del procesado, ya que estos postulados son normas supremas de justicia penal por las cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado" (G. J., Tomo 59, pág. 539).

4.—En los Consejos Verbales de Guerra, el cuestionario adquiere un carácter de excepcional importancia, sencillamente porque viene a ser la síntesis o calificación de los hechos sobre que versa el sumario y el pliego de cargos que se formula al acusado. Ese acto plantea, en consecuencia, las condiciones del debate entre las partes, fija los presupuestos en que ha de moverse la decisión de los Jurados al dar su veredicto; y señala, en fin, las bases del poder jurisdiccional del Estado en el momento de pronunciar la sentencia definitiva.

Es decir, el cuestionario equivale, precisamente, al auto de proceder, que es el eje sobre que gira el juicio penal en el procedimiento ordinario, auto que, como es obvio, tiene que ser anterior al debate, a las alegaciones del Ministerio Público y al fallo final.

De suerte que si el cuestionario, en los Consejos de Guerra Verbales, se redacta después de que las partes han hecho uso de la palabra para sustentar sus respectivas tesis, se les crea con ello una situación difici' y caótica, porque ignoran cuáles son las imputaciones individualizadas que pesan contra el sindicado y cómo deben sostenerlas, si del Fiscal se trata, o refutarlas, si es el defensor; y así mismo se priva a los Vocales o Jurados de conocer con antelación qué hechos concretos y precisos deben calificar, a fin de irlos analizando en su criterio y pesando en su conciencia, de acuerdo con las pruebas recogidas y los alegatos de los interesados, para poder dar un veredicto justiciero y exento de precipitación.

Un juzgamiento así, que restringe todavía más y en forma arbitraria la índole excepcional de los Consejos de Guerra Verbales, viola indudablemente el artículo 26 de la Constitución y hace nulo lo actuado en la audiencia.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

La Jefatura del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares, en sentencia del 4 de abril de 1951, condenó a Gabriel Millán Sánchez, como autor de los delitos de incendio y homicidio con características de asesinato, a la pena principal de doce años de presidio. En el mismo fallo fueron también condenados por homicidio agravado los hermanos de aquél, Ramón, Abelardo y Manuel Jesús Millán Sánchez, a la pena de diez años ocho meses de presidio.

Los propios procesados recurrieron en casación y confirieron poder para sustentarla ante la Corte al doctor Oscar Trujillo, quien presentó dos demandas, la última de las cuales será la que tiene en cuenta la Sala para desatar el recurso, por dos razones: porque así lo pide el apoderado especial y porque fue presentada en tiempo. Invoca como causales las que corresponden a los numerales cuarto, segundo, primero y tercero del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, en su orden, el mismo que tendrá en cuenta la Corte para decidir lo que sea legal en el recurso interpuesto, cumplidos como están los requisitos para dictar sentencia.

Hechos:

Más o menos a las ocho de la noche del 1º de enero de 1950, María Jesús Chaverra que se encontraba en su casa de habitación, en el paraje "El Rey" del Municipio de Roldanillo, Departamento del Valle, advirtió que varias personas se presentaron allí y tocaron a la puerta, a tiempo que decían: "levántate negro hijueputa para matarte". Aludían a Julio Chaverra, hijo de María Jesús. Los moradores de la casa nada respondieron al desafío, pero notaron que los agresores habían prendido fuego a la habitación.

María Jesús y su hijá Luzmila reconocieron por la voz que quien llamó fué Gabriel Millán, al mismo que vieron correr al asomarse sigilosamente a la puerta, en los momentos en que la habitación empezaba a arder.

A los gritos de socorro que dieron los moradores de la casa incendiada, se presentaron varias personas a prestar auxilio, entre ellas el mismo Gabriel Millán y sus hermanos Abelardo, Ramón y Manuel Jesús.

Llegó también en aquellos momentos Eduardo Chaverra, hijo de María Jesús, quien preguntó cómo había ocurrido el incendio. Al contestarle su madre insinuó que suponía quien podía ser el autor del hecho, manifestación que replicó Ramón Millán con esta amenaza: "El hijueputa que diga quien ha quemado esta casa, ahora mismo se muere". Acto seguido atacó con peinilla a Eduardo, secundado por Abelardo, padre natural del agredido. An-

te el inopinado ataque, Eduardo se vió precisado a huír, mientras la madre suplicaba que no le fueran a matar a su hijo. Intervino entonces José León Chaverra, tío de Eduardo, en defensa de éste, con el cual los cuatro hermanos Millán Sánchez arremetieron, armados de peinillas y puñales, causándole varias heridas, a consecuencia de las cuales falleció casi inmediatamente.

De estos hechos dió cuenta a las autoridades de Roldanillo, poco después, Eduardo Chaverra, las cuales iniciaron la investigación al día siguiente.

Actuación procesal

Correspondió al Alcálde municipal de Roldanillo llevarla a cabo, desde el 2 de enero de 1950 hasta el 25 del mismo mes, cuando ordenó la remisión del proceso al Juez Militar de la Tercera Brigada, con sede en Cali. Este funcionario, por auto de 31 del citado mes de enero, aprehendió el conocimiento del negocio, con fundamento en que estaba comprendido entre los casos enumerados en el Decreto Extraordinario Nº 3562 de 1949. En la misma providencia dispuso la práctica de varias pruebas, las cuales debían efectuarse en el lugar del suceso, para lo cual comisionó al Alcalde de Roldanillo.

Devuelto el proceso al Juez Militar de la Tercera Brigada todavía no cumplida la comisión sino en parte, este funcionario rindió con fecha 15 de abril de 1950 concepto en el sentido de que era "el caso de pedir convocatoria de un Consejo de Guerra Verbal para que por los trámites establecidos en el artículo 9º de la ley 3ª de 1945 juzgue a Ramón, Abelardo, Gabriel y Manuel Jesús Millán Sánchez", cuyas filiaciones señala, providencia ésta que junto con el expediente se remitió al señor Comandante de la Tercera Brigada para el efecto de que si ese mismo era su parecer, solicitara del señor General Jefe del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares la convocatoria del Consejo (fs. 114 a 120).

El Comando de la Tercera Brigada, en providencia del 17 de abril del mismo año, acogió en todas sus partes el concepto del Juez Militar, y, en consecuencia, dispuso solicitar del General Jefe del Estado Mayor General la convocatoria del Consejo de Guerra para juzgar a los procesados ya designados por los delitos de incendio y homicidio, cometidos en conexidad, en el Municipio de Roldanillo, el primero de enero de este año y a que se refieren las presentes diligencias, como reza textualmente la parte dispositiva de dicha providencia (fs. 121 y vto.).

El señor Jefe del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares, con fecha 24 de mayo del año tantas veces mencionado, en uso de las facultades conferidas por medio del Decreto Nº 3562 de 1949, expidió la resolución Nº 113 de 1950, en virtud de la cual resolvió convocar en la Guarnición de Cali un Consejo de Guerra Verbal, para que con el procedimiento establecido en el Título IX, Libro segundo del Código Penal Militar (ley 3ª de 1945, juzgara a los civiles sindicados en estas diligencias por los delitos conexos contra la salud y la integridad colectiva y delitos contra la vida y la integridad personal. En el numeral segundo de la parte resolutiva se advierte expresamente que los sindicados pueden ser juzgados también "por cualquier otra infracción que sea de competencia de la justicia militar y que aparezca comprobada durante el Consejo de Guerra Verbal que por la presente resolución se convoca" (fs. 123 y 124).

Al Consejo reunido el 5 de junio de 1950 se le sometieron a su consideración dos cuestionarios para cada uno de los procesados, el primero por incendio y el segundo por homicidio con caracteres de asesinato.

Las preguntas del cuestionario contienen exactamente iguales elementos para cada uno de los procesados. Con la transcripción de uno cualquiera de ellos, se conoce sobre qué hechos versó el debate en el Consejo.

Dicen:

"1º ¿El acusado Ramón Millán Sánchez es o no responsable de haber incendiado la casa de María de Jesús Chaverra, en la vereda El Rey, Municipio de Roldanillo el día primero de enero de mil novecientos cincuenta a eso de las ocho de la noche?

"2º ¿El acusado Ramón Millán Sánchez es o no responsable de haber dado muerte con caracteres de alevosía, e indefensión por parte de la víctima, a José León Chaverra, el primero de enero de mil novecientos cincuenta, en la vereda de El Rey, Municipio de Roldanillo, a eso de las ocho y media de la noche, por haber éste acudido en defensa de Eduardo Chaverra quien había manifestado que sabía quién había sido el autor del incendio de la casa de María de Jesús Chaverra?".

Los veredictos se produjeron al tenor siguiente: Gabriel fué declarado responsable por los delitos de incendio y homicidio. Sus hermanos Ramón, Abelardo y Manuel Jesús, lo fueron únicamente por homicidio, pues la responsabilidad por el incendio fue desechada.

En desarrollo de sus propias decisiones el Consejo de Guerra sentenció y condenó a los reos, en la forma siguiente: a Gabriel le fueron impuestos 22 años

de presidio por homicidio (asesinato) e incendio. 15 años de igual pena fue la señalada a Ramón, Abelardo y Manuel Jesús, por el homicidio agravado de que únicamente se les atribuyó responsabilidad, según el veredicto (fs. 148 a 155).

La apelación de ese fallo, dió el siguiente resultado: el superior, que lo fué la Jefatura del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares, en sentencia fechada el 27 de noviembre de 1950, aceptó el fallo en lo referente a la absolución por el delito de incendio y declaró la contraevidencia del veredicto en lo tocante con el homicidio, por haberse prescindido al formular los cuestionarios de la modalidad de la complicidad correlativa, "pues no se tomó en cuenta esa circunstancia y en tales condiciones es muy claro que los veredictos dados con base en una pregunta incompleta, en una pregunta a la que le falta una especialísima circunstancia, no están ceñidos a la realidad del proceso y son notoriamente injustos", y agrega como motivación de este punto el fallo aludido: "No hay prueba alguna de que alguno de los sindicados individualmente produjera la herida mortal, y precisamente comparecieron a juicio cuatro personas de las cuales sólo una pudo ser autora de ese hecho concreto" (fs. 182 a 185).

El nuevo Consejo, unánimemente, declaró responsables a los procesados por homicidio en circunstancias de asesinato, con la modalidad de la complicidad correlativa, condenándolos así: 22 años y seis meses de presidio para Gabriel; 15 años de presidio para Ramón y Abelardo y 7 años seis meses de igual pena para Manuel Jesús, junto con las accesorias correspondientes a la sanción impuesta a cada uno de los reos (fs. 215 a 222).

Este fallo, apelado por los procesados, y que por consulta subió también a la Jefatura del Estado Mayor, fue objeto de modificación en cuanto a las penas principales, pues a Gabriel, declarado responsable por el homicidio —asesinato— e incendio se le impuso la pena de 12 años de presidio; mientras que a Ramón, Abelardo y Manuel Jesús Millán Sánchez, la pena fue de 10 años ocho meses de presidio sólo por el primer delito mencionado (fs. 230 a 237).

Como ya se dijo, contra este fallo fue interpuesto el recurso de casación y su impugnación la funda el actor en las causales atrás mencionadas. La Corte empezará el estudio por la causal cuarta, la que examinará por los distintos aspectos que presenta la demanda, pues de prosperar alguno de ellos haría innecesario referirse a los demás motivos alegados, que tienen un carácter subsidiario, por la forma como fueron presentados en el libelo.

Causal quinta. Nulidad del proceso

La demanda sustenta esta causal por varios motivos que el señor Procurador Delegado sintetiza siguiendo el orden lógico de los mismos, así:

1º Incompetencia de jurisdicción, porque los delitos materia del proceso —incendio y homicidio— no tuvieron ninguna conexidad entre sí, y en el evento de que hubiera existido, la conexidad quedó rota con el veredicto y el fallo de los vocales del Consejo de Guerra Verbal, que declararon responsable a uno solo de los procesados por ambas infracciones, y negaron la responsabilidad de los restantes sindicados por el delito de incendio, condenando a estos últimos únicamente por homicidio.

Se violaron, por tanto, los artículos 1º del Decreto-Ley Nº 3562 de 1949, 70 y 30 del Código Militar de 1945 y el 198, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal;

2º La resolución de convocatoria del segundo Consejo de Guerra Verbal celebrado aquí, la pronunció una autoridad militar sin competencia para ello, conforme al artículo 458 del Código Militar de 1950, que resulta infringido con la convocatoria hecha por el Comandante de la Tercera Brigada;

3º Quebrantamiento del artículo 26 de la Constitución Nacional, por haberse desconocido el derecho de defensa al no practicar las pruebas solicitadas por los acusados y sus representantes;

4º No haberse presentado los cuestionarios al principio de la audiencia, sino al final de ella, y eso a los propios vocales, sin conocimiento de los procesados.

En esta forma fueron violados los artículos 30, 70, 73 y 130 del Código Militar de 1945; y

5º No haberles notificado a los procesados Millán Sánchez la segunda resolución sobre convocatoria del nuevo Consejo de Guerra, pues sólo se les leyó la concerniente al primer Consejo.

Esta omisión infringió el artículo 126 de la ley 3ª de 1945.

La Corte aprovechando el orden lógico de los motivos de impugnación señalados por la Procuraduría, estudiará por separado cada uno de ellos.

Primer cargo

Como muy bien lo observa el señor Procurador Delegado, la demanda sostiene la incompetencia de jurisdicción fundándose para ello en que los hechos atribuídos a los procesados —homicidio e incendio— no tuvieron en el caso la conexidad que es condición indispensable para que corresponda a la justicia

castrense el juzgamiento y fallo de esas infracciones.

La resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal para juzgar a los hermanos Millán Sánchez fue dictada por el Jefe del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares y lleva fecha 24 de mayo de 1950. Se funda en las voces del Decreto-ley Nº 3562 de 1949. Es verdad que al tiempo de dictarla había sido expedido con quince días de anterioridad, es decir, el 9 de mayo de 1950, el Decreto-ley Nº 1534 del mismo año, en virtud del cual se introdujeron algunas reformas al régimen creado por aquel Decreto en el funcionamiento y convocatoria de los Consejos Verbales, Decreto este último que entró a regir desde su expedición y sustituyó entre otros al número 3562, en virtud del cual fue convocado el Consejo Verbal que juzgó a los procesados Millán Sánchez.

Sinembargo, como la impugnación por el aspecto que se estudia la hace consistir la demanda en la falta de conexidad entre los delitos que se les atribuye, la cuestión que se estudia carece de importancia en orden a las pretensiones del actor, ya que en ambos Decretos de carácter extraordinario como que fueron dictados en función del artículo 121 de la Carta, la justicia castrense conoce por el procedimiento de los Consejos Verbales de Guerra de los procesos por delitos contra la salud y la integridad colectivas, entre los cuales el incendio es una de sus formas específicas, como del homicidio, pues en el artículo 1º del Decreto Nº 3562, aquella jurisdicción abarca también los delitos "contra la vida y la integridad personal" cometidos en conexidad con los que se enumeran en tal Decreto, lo mismo que en el Nº 1534 de fecha 9 de mayo de 1950, aunque en este último caso la forma de expresar la ley idéntica idea varía, pues emplea una expresión genérica al decir "y de cualquier otro delito del Código Penal o del Código Penal Militar, cometidos en conexidad con los delitos enumerados en este Decreto".

Por lo anto, es el fenómeno de la conexidad el que gobierna la jurisdicción y siendo ello así, la cuestión que debe examinarse es la de si los hechos del proceso permiten desechar ese aspecto de la demanda.

El actor, después de citar en su parte pertinente la ley 3ª de 1945 (Código de Justicia Penal Militar) y el artículo 1º del Decreto Nº 3562, razona de esta suerte:

"Los anteriores mandatos legales están definiendo con absoluta claridad el campo jurisdiccional en que se desenvuelve la actividad de las autoridades militares. Cualquier otro delito que no esté contemplado o incluído entre aquéllos, no podía ser juzgado por tales autoridades sino por las de la justicia ordinaria.

"En el caso de autos —continúa— y de conformidad con la relación hecha al principio de la demanda que se plantea, hubo dos hechos delictuosos: primeramente el incendio, y a continuación de éste el homicidio. ¿Existió relación de dependencia entre estos hechos? O mejor: ¿Puede considerarse uno de ellos como medio y otro como fin? ¿O puede afirmarse que uno de ellos fue cometido para encubrir el otro? Si se tienen en cuenta las constancias del expediente, la respuesta a esos dos interrogantes tiene que ser negativa, ya que ninguna de las pruebas producidas, manifiesta esa relación. Pero si se abrigara alguna duda, ésta quedaría desvirtuada suficientemente en los cuestionarios formulados a los Vocales del Consejo de Guerra, en la respuesta que a ellos se dió y también en el desarrollo posterior que la sentencia hizo de esa respuesta.

"En relación —agrega— con el ilícito de incendio, los cuestionarios fueron respondidos negativamente por mayoría de votos, en relación con Manuel de Jesús, Abelardo y Ramón Millán. Lo respondió afirmativamente respecto de Gabriel del mismo apellido, aunque menospreciando las constancias del expediente, pues si bien María de Jesús y Luzmila Chaverra, únicos testigos al efecto, manifestaron haber oído la voz de Gabriel momentos antes de que ellas constataran la existencia de la conflagración, no afirman esos testigos haber visto que aquél pusiera el fuego a la casa, lo que implica ausencia de plena prueba en relación con este ilícito".

De manera hábil el libelo sortea la dificultad en que se encuentra el actor para sustentar la tesis central sobre la inexistencia del fenómeno de la conexidad, que sería la única que demostraría la nulidad por incompetencia de jurisdicción que alega, limitándose a hacer afirmaciones rotundas, sin establecer, como corresponde a una demanda de casación, el hecho medular de que entre el homicidio y el incendio no medió relación alguna y que por lo mismo son dos delitos independientes entre sí. Sorteó la dificultad, soslayándose hacia la prueba para concluír que los hechos no están probados, con lo cual la demanda en esta parte más se relaciona con la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal que con la cuarta que está examinándose.

Bastaría lo anterior para rechazarla. Sinembargo, la Corte hará referencia a ese aspecto de la cuestión porque en el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, se rebate con argumentos de

gran solidez jurídica la afirmación del actor en el sentido de que entre el incendio y el homicidio no existe conexidad.

"Realmente —dice el colaborador— la conexidad implica una relación lógica, un nexo íntimo, entre varias infracciones cometidas por un solo sujeto, o por pluralidad de personas. Pero no es una cualquiera relación la que ha de tomarse en cuenta aquí, sino aquella sustancial que une, ata o vincula un delito a otro, de tal manera que la existencia de una precedente infracción determina el nacimiento de otra u otras. Por eso, el nexo de conexidad más aceptable en la doctrina, es el de medio a fin, el de causa a efecto y el consecuencial, este último cuando se comete un nuevo delito para ocultar otro anterior y asegurar su impunidad.

"La conexión entre los ilícitos ha de ser, pues, esencial, y no meramente secundaria, porque de lo contrario, el más leve vínculo de un hecho punible con otro, por razón de la armonía que guardan entre sí todas las cosas del universo, daría lugar a investigar y fallar en un solo proceso infinidad de delitos, y ello sería el caos en la administración de justicia.

"La conexidad juega importantísimo papel en los ordenamientos del Código Penal y de Procedimiento. En el primero, porque aquélla se refiere al concurso de delitos y determina la individualización de la pena progresiva única por el sistema de la acumulación jurídica, y sirve, en otros eventos para estructurar una figura delictuosa agravada. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el homicidio se realiza para preparar, facilitar o consumar otra infracción (medio a fin), o después de haber cometido otro ilícito, para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables (conexidad consecuencial), o mediante el empleo del incendio, inundación, siniestro ferroviario u otras de las infracciones que atacan la salud o la integridad colectivas (conexidad modal y de causa a efecto). En estas hipótesis, el homicidio toma la denominación de asesinato y se reprime juntamente con los demás delitos conexos (arts. 33 y 363, numerales 3º, 4º y 8º del C. P.).

"Otros ejemplos de conexidad pueden verse en los artículos 137, 138, 141, 144, 208, 242, 261, 318, 320, 325, 376, 387, 390, 396 y 402 de la misma obra.

"Desde el punto de vista procedimental, la conexidad trae estos resultados: unidad del proceso y de la competencia para conocer de él, lo cual es de un valor inmenso para los intereses de la justicia, porque se obtiene la economía procesal, la rapidez del procedimiento, el examen íntegro de los hechos punibles realizados, el aprovechamiento de todas las pruebas recogidas, el conocimiento amplio de la personalidad del delincuente manifestada en sus varios delitos, y se evita, por último, el que se pronuncien fallos inconsecuentes y contradictorios, de seguir por separado la investigación de cada ilícito".

Agrega la Corte:

De manera, pues, que dentro de la doctrina pueden existir en la conexidad distintas modalidades que le dan un carácter diferente, con nombres que corresponden a que tal fenómeno se denomine *material,* si uno de los delitos no surge a la vida legal sino cuando, para ejecutarlo, el agente debió producir otro, unido al anterior por ese nexo objetivo que los hace inseparables; *ideológica o real* si en las infracciones cometidas se observa una relación de medio a fin, es decir que uno de los delitos se ha cometido como medio para realizar otro; *jurídica,* si uno de los delitos pierde su autonomía al consumarse y se incorpora en el otro, bien sea para calificarlo o como infracción de mayor entidad jurídica, ora para estructurar un concurso de delitos; y por fin, *consecuencial,* que como su nombre lo indica, surge cuando se pretende por el agente ocultar otro delito o procurar que quede impune.

¿En cuál de todas estas distintas especies de conexidad puede catalogarse la que presenta el proceso? Sin duda en la última de las nombradas, o sea la consecuencial. ¿Por qué? La prueba del proceso indica que los Millán reaccionaron agresivamente cuando Eduardo Chaverra, hijo de María Jesús, y Luzmila hermana de aquél, al oír las voces de auxilio de las dos mujeres, únicas que habitaban la casa en el momento de producirse el incendio, manifestó que conocía al autor de ese hecho. Fué entonces cuando Ramón Millán le dió respuesta en estos términos, que recogieron los testigos presenciales: "el jijueputa que diga quien ha quemado esta casa ahora mismo se muere", acto éste que se cumplió en seguida "al calor de la amenaza", como lo anota el colaborador.

Es verdad que la acción homicida no recayó en la misma persona que había pronunciado la acusación sobre el autor o autores del incendio, sino en otro sujeto, de nombre José León Chaverra, que se interpuso en el momento en que los Millán atacaban a Eduardo. Pero es lo cierto que ello se debió a la simple circunstancia ocasional de haber emprendido la fuga el agredido cuando José León se interpuso entre los agresores para defenderlo del injusto ataque.

"En todo caso —comenta la Procuraduría— al homicidio lo determinó la posibilidad de que los res-

ponsables del incendio, entre los cuales estaba identificado Gabriel Millán, fueran divulgados ante la autoridad y reprimidos por su acto antisocial. No hay más explicación del hecho, desde luego que, como lo aclara el mismo Eduardo, "entre los citados/ Millanes, mi tío José León Chaverra y mi persona no existía ninguna enemistad, pues al contrario antes mi tío les prestaba plata cuando ellos necesitaban". Y esas buenas relaciones las reafirman los propios homicidas en sus indagatorias".

Un vínculo circunstancial es el que opera en este caso y es lo que constituye la base para que la conexidad tenga existencia, pues dentro de los hechos que dieron origen al proceso bien se deduce que el incendio fue la causa determinante del homicidio, el cual en el orden normal de los aconteceres humanos no se habría producido de no haberse presentado la contingencia de que uno de los Chaverras conociera al autor de ese grave acto y manifestara su deseo de denunciarlo. Esta sola amenaza bastó para que el brazo homicida de los Millán se armara, y si el autor de la grave denuncia escapó de la acometida, ello fue un hecho ocasional que no modifica en nada la relación o vínculo de causalidad que existe entre el incendio y la muerte de José León Chaverra.

Rastreando en el motivo determinante que condujo al incendio de la casa de María Jesús Chaverra, él puede surgir del hecho de haber sido denunciado uno de los Millán como autor de un delito contra la propiedad, que lo llevó a cumplir condena. De allí nació la enemistad entre estas gentes, unidas por vínculos de relaciones extralegales de carácter sexual. Así se explica la reacción de los agresores al oír la expresión denunciadora de Eduardo Chaverra y resalta también, con mayor fuerza, que los dos hechos no fueron independientes, sino que guardan entre sí una estrecha relación, bastante para hacer surgir la conexidad entre ellos.

Argumenta también el actor, con base en la tesis que sustenta sobre la inexistencia del fenómeno de la conexidad, que aún en el supuesto de que ésta existiese en el proceso, se extinguió al producirse la absolución que el Consejo Verbal de Guerra impartió a Ramón, Abelardo y Manuel José Millán por el delito de incendio.

La cuestión de si la jurisdicción por conexidad en los hechos de un proceso se pierde por producirse un fenómeno como el enunciado, fue materia de amplio estudio por parte de la Corporación en un negocio similar al que se decide y por ello resulta pertinente transcribir apartes de ese fallo, en donde la materia planteada se dilucidó por todos sus distintos aspectos.

La doctrina central de este fallo surge del siguiente enunciado: desde el momento en que las dos ocurrencias delictivas otorgaron competencia a la justicia castrense, es indudable que se radicó en ésta el juzgamiento de los delitos imputados a los procesados, no siendo óbice para así decidirlo, la circunstancia de que al producirse el veredicto algunos de los imputados resultaren absueltos del cargo que produjo la conexidad, y, por tanto, el conocimiento de los hechos a la jurisdicción de los tribunales de guerra.

Dijo entonces la Corte:

"Jurisdicción es la potestad reconocida a los Jueces para administrar justicia, es como si se dijera la facultad propia de la rama jurisdiccional, la cual por medio de sus órganos de expresión (Magistrados y Jueces) ejerce la atribución de juzgar de acuerdo con la Constitución y las leyes de la República. La competencia es, en cambio, la limitación de la jurisdicción en cuanto se refiere al ejercicio de ésta para determinados asuntos atribuídos por la ley a ciertos funcionarios.

"De estas definiciones se deduce que para que pueda existir nulidad por incompetencia de jurisdicción, es indispensable establecer que un Juez de la República decidió una controversia o conoció de un proceso atribuído expresamente a otro. Ello quiere decir que, cuando, como en el caso de autos, no aparece establecido que la justicia militar careciera de jurisdicción y de competencia para conocer y juzgar a los responsables de los ilícitos conexos que le dieron aquella atribución en virtud de Decreto Ejecutivo, el cargo fundado en que la decisión del Consejo de Guerra Verbal rompió la conexidad, es inexacto, porque la conexidad sigue teniendo eficacia jurídica en orden al juzgamiento de los responsables y no en consideración a la condena de los mismos, que es un fenómeno distinto, ya que el Juez sobre el cual se radicó una determinada competencia bien puede tener atribuciones para juzgar un delito aunque no sea él el competente, siempre que el vínculo de conexidad de los hechos le otorgue aquélla, en virtud v. gr. de la mayor gravedad del hecho...".

"...No cabe la menor duda de que es en la investigación y en el juzgamiento de los delitos conexos cuando se radica la competencia en determinado tribunal —en el caso los Consejos de Guerra— Esta situación procesal en nada se modifica cuando producido el juzgamiento la decisión de los miembros de ese tribunal o vocales sustrae a determina-

dos sujetos justiciables de la responsabilidad que se les atribuyó en alguno de los hechos que constituyeron el factor predominante para que se operara el fenómeno de la conexidad.

"Desde el momento mismo que se radicó en un determinado tribunal la competencia para juzgar, circunstancias posteriores no pueden cambiar esta situación jurídica, porque el principio de la indivisibilidad penal y de la jurisdicción, lo mismo que la unidad del proceso, implican que haya un conjunto de actos coordinados y dirigidos a un mismo fin, que tiene que terminar mediante un fallo emanado del mismo Juez que adquirió desde el principio del proceso la jurisdicción para fallar" (Casación de Luis Emilio Bogotá y otros. Sentencia de 20 de febrero de 1951. GACETA JUDICIAL, Tomo 69, Nos. 2096-2097, págs. 181 y ss.).

"...Tanto la competencia por conexidad —dice el señor Procurador Delegado en lo Penal— como la competencia en general para conocer de un negocio, la adquiere el Juez una vez que están cumplidos los requisitos que la determinan, o sean la persona, la naturaleza del delito y el territorio en que se realiza. Y adquirida la competencia, el Juez del conocimiento tiene potestad legal para pronunciarse sobre todos los actos jurisdiccionales que demande el desarrollo de la acción penal, hasta poner fin al proceso con la sentencia definitiva, sin que los resultados positivos o negativos de los hechos y los concernientes a la responsabilidad del autor o copartícipe, o cualquier otra contingencia surgida en el curso del juicio, menoscaben en nada los poderes del funcionario competente. Esta es una pura consecuencia del principio de la indivisibilidad de la acción penal y de la jurisdicción, y de la unidad del proceso que, como conjunto que es de actos coordinados y dirigidos a un mismo fin, tiene que terminar mediante un fallo emanado del Juez competente".

Las anteriores consideraciones son bastantes para que no prospere el primer cargo formulado de conformidad con la causal cuarta de casación.

Segundo cargo

Con fundamento en la misma causal cuarta, la demanda hace consistir el segundo cargo que formula contra la sentencia en la circunstancia de que la Resolución de convocatoria del segundo Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los procesados la pronunció una autoridad militar sin competencia para ello. Es decir que la autoridad facultada para convocar dicho Consejo era el Jefe del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, conforme al artículo 3º del Decreto-ley Nº 3562 de 1949, y no el Comandante de la Tercera Brigada, ya que el Decreto Nº 2782 de 1950 no era aplicable al caso "por especial disposición del artículo 458 del Decreto 1125 de 1950, y porque el sumario se había iniciado el 2 de enero de 1950".

Dos cuestiones previas conviene dilucidar para responder la tesis del actor:

a) Qué disposiciones legales regían al tiempo de pronunciarse la convocatoria del segundo Consejo de Guerra Verbal que juzgó a los responsables; y

b) En qué momento entran a regir las leyes de procedimiento sobre la ritualidad de los juicios, esto es si tienen efecto retroactivo y de consiguiente su aplicación es inmediata, aún en los negocios iniciados con anterioridad, cuando la misma ley nada estatuye al respecto.

Primera cuestión.—Ya se dijo al hacer el resumen de la actuación procesal en el caso, que contra la sentencia pronunciada por el primer Consejo de Guerra Verbal se interpuso el recurso de apelación ante la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, la cual en fallo de fecha 27 de noviembre de 1950, resolvió acoger el veredicto en relación con tres de los sindicados por el delito de incendio y declarar contrario a la evidencia de los hechos lo referente al homicidio por faltar una modalidad calificadora —la complicidad correlativa—.

En esta misma providencia se ordenó remitir el proceso al Comando de la Tercera Brigada, con sede en Cali, para que procediera "a convocar el segundo Consejo".

Así lo cumplió la Tercera Brigada y en Resolución Nº 150 de fecha 3 de enero de 1951, con fundamento en las facultades conferidas por el Decreto-ley Nº 2782 del 28 de agosto de 1950, ordenó la nueva convocatoria del Consejo de Guerra Verbal.

Entre las disposiciones del Decreto en virtud del cual se convocó el nuevo Consejo de Guerra, figuran las siguientes, cuya trascripción es necesaria para dilucidar el punto debatido.

Artículo 1º "Radícase en los Comandantes de la Brigada la facultad de convocar los Consejos Verbales que estimen necesarios para que, por el procedimiento establecido en el Libro segundo, Título IX, de la ley 3ª de 1945 (Antiguo Código de Justicia Penal Militar) juzguen los delitos de que trata el Decreto extraordinario número 3562 de 1949 cometidos bajo la vigencia de la mencionada ley 3ª, y, por el procedimiento establecido en el Capítulo I, Título V, Libro tercero del Código Penal Militar

vigente (Decreto Extraordinario número 1125 de 31 de marzo último), juzguen los delitos a que hace referencia el Decreto Extraordinario 1534 del año en curso, que se cometan dentro de la jurisdicción de sus Brigadas".

Artículo 2º "Los Comandantes de Brigada decretarán la convocatoria de Consejos de Guerra Verbales por medio de resolución motivada y previo concepto del correspondiente Juez Militar de la Brigada".

Artículo 5º "En los términos anteriores quedan subrogados los artículos 3º y 4º, respectivamente, de los Decretos extraordinarios números 3562 de 10 de noviembre de 1949 y 1534 de 9 de mayo del presente año, y el artículo 435 del Decreto 1125 de 1950 (Código de Justicia Penal Militar). Queda suspendido el artículo 139 de la ley 3ª de 1945".

Artículo 6º "Este Decreto regirá desde la fecha de su expedición".

De acuerdo con el Decreto transcrito, no cabe duda de que el artículo 5º subrogó precisamente las disposiciones de los Decretos números 3562 y 1534 de los años 1949 y 1950, respectivamente, en lo tocante con la entidad a quien correspondía la convocatoria de los Consejos de Guerra Verbales. En efecto, aquellos Decretos asignaban esa facultad a la Jefatura del Estado Mayor de las Fuerzas Militares, en sus artículos 3º y 4º, mientras que en el 2782 del 28 de agosto de 1950 tal atribución es la confirió a los Comandantes de Brigada, por medio de su artículo 2º.

En consecuencia, al tiempo de producirse la segunda convocatoria del Consejo Verbal de Guerra que debía juzgar a los procesados gracias a la decisión del superior que declaró la contraevidencia del veredicto producido por el primer Consejo Verbal, regía el Decreto-ley Nº 2782, el cual confería aquella facultad a los Comandantes de Brigada. Por ello, al hacer esa convocatoria el Comandante de la 3ª Brigada, con sede en Cali, apenas cumplía con las disposiciones legales que entraban a regir, por disposición expresa de las mismas, desde el momento de su expedición. Como ésto sucedió el 28 de agosto, fecha del Decreto en cita y la convocatoria lleva fecha 3 de enero de 1951 (fs. 188), no puede ponerse en duda que se procedió legalmente, desde luego que las normas sobre procedimiento entran a regir tan pronto como las declara vigentes la ley que las expidió, cuestión ésta que se estudiará en seguida.

Cuestión segunda.—Las leyes procedimentales tienen efecto retroactivo, lo que significa que son de aplicación inmediata.

"En efecto —dice el colaborador— las cuestiones sobre irretroactividad de la ley en materia criminal (el llamado derecho transitorio) no se gobierna por los mismos principios en lo referente a los delitos y las penas y en lo que toca al procedimiento para reprimirlos.

"Respecto de lo primero (delitos y sanciones), las normas penales sólo operan para el futuro y no tienen efecto retroactivo, a menos que beneficien la situación jurídica del procesado. En cambio, las leyes de procedimiento son retroactivas y de aplicación inmediata, aún en los negocios iniciados con anterioridad a su vigencia, si la misma ley nada estatuye sobre el particular.

"Esto, porque tales leyes de procedimiento son de un elevadísimo interés público, ya que ponen en práctica el ejercicio de la acción penal y hacen realizable, juntamente con la ley sustantiva, la defensa de la sociedad contra los delincuentes, mediante la organización de las jurisdicciones, las formas procesales y la garantía de los derechos y prerrogativas de las personas que intervienen en el asunto, de tal modo que la represión se haga ajustada a la verdad histórica o material de los hechos punibles y al criterio de equidad. En este sentido el procesado asume la calidad de sujeto pasivo de la acción penal y él no puede, por lo mismo, invocar derechos adquiridos en contra de la sociedad y la justicia, ni quejarse de que ésta sea administrada por medio de mejores e innovados sistemas de procedimiento, sencillamente porque con ello se busca el bienestar común, pero asegurando también el adecuado juzgamiento del culpable, que es cuestión de interés público".

"Una vez promulgada —dice Eugenio Florián— la norma procesal, se aplica no sólo a los procesos nuevos (que pueden ser llamados futuros respecto de la misma ley), sino también a los pendientes, porque por ser tal ley de carácter público, es una expresión directa de los intereses generales y públicos. Mientras en el derecho penal sustantivo rige el principio de la no retroactividad, en el proceso penal vale el de la retroactividad, como regla y salvo particulares excepciones.

"La razón de ello es obvia. El proceso penal tiene un substracto de altísimo interés público: la ordenación de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de observancia de las mismas etc., son de carácter público. Aquí no se originan derechos adquiridos; sería una herejía hablar de cuasicontratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo mismo el derecho penal sustantivo no tiene paralelo en el procedimiento penal, y de allí la vigencia de la indicada aplicación inmediata de la

ley procesal penal, la cual extiende su fuerza a los procesos pendientes, procesos iniciados con anterioridad a su promulgación" ("Elementos de Derecho Procesal Penal" pág. 43).

Todavía más. En el derecho positivo colombiano en lo referente a la aplicación de la ley procesal en cuanto al tiempo, se encuentran normas que regulan la materia en forma completa. Así, los artículos 40 y 43 de la ley 153 de 1887 definen el deslinde entre la ley penal y la que regula el procedimiento, de la siguiente manera:

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

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

"Consagró, pues, el legislador —comenta la Procuraduría— la retroactividad de la ley procesal penal, dejando incólume la irretroactividad de la ley sustantiva, que define los delitos y señala las penas. Las dos normas copiadas constituyen una interpretación con autoridad de los artículos 26 y 28 de la Carta Fundamental, puesto que fueron los mismos autores de ésta, a raíz de su expedición, quienes dictaron la ley 153 de 1887".

"La ley procedimental —ha dicho la Corte— cuando no contiene preceptos de orden sustantivo sino de mera formalidad, de apreciación objetiva o externa, es de aplicación inmediata.

"La finalidad de la ley procedimental radica en el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto por medio de ella se trata de garantizar la represión de un delito con la imposición de una pena. Si la nueva ley no agrava las condiciones del acusado disminuyendo los medios de defensa, sino al contrario, los amplía y aumenta las posibilidades de éxito en orden a ella, la ley procedimental en su ejercicio en su aplicación es de orden imperativo e inmediato. Si la ley de procedimiento encarna preceptos destinados a conducir el juicio por normas procesales más adecuadas hasta ponerlo en estado de dictar sentencia, o si ella contempla formalidades no de esencia sino de procedimiento, de apreciación objetiva por parte del juzgador, la ley es también de aplicación inmediata. Estos dos preceptos tienen respaldo en lo dispuesto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887.

"Conforme a esta disposición, cuando la nueva ley de procedimiento entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la *sustanciación y ritualidad* de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia sin menoscabar los principios defensivos del procesado, ya que estos postulados son normas supremas de justicia penal por las cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado" (GACETA JUDICIAL números 2022 a 2024, tomo 59, pág. 539).

Resulta de todo lo dicho que dictado el Decreto-ley Nº 2782 de 1950 con anterioridad a la fecha en que fue convocado el Consejo de Guerra Verbal que debía juzgar por segunda vez a los responsables en este proceso y siendo tal ley de inmediato cumplimiento, como queda establecido, la autoridad que declaró aquella convocatoria no usurpó jurisdicción alguna, y, por tanto, también este aspecto de la demanda tiene que ser desechado en orden a las pretensiones del actor fundadas en tal razonamiento.

Cargo tercero

Lo hace depender el libelo de la circunstancia de que las pruebas pedidas por la defensa no fueron recibidas en la oportunidad debida para que pudieran ser apreciadas por el Consejo de Guerra.

La Procuraduría hace sobre este punto un minucioso análisis de todo el expediente, que la Sala encuentra ceñido en forma completa a las distintas ocurrencias surgidas con ocasión de las diversas oportunidades en que los procesados o sus apoderados solicitaron pruebas y la forma como estas peticiones fueron evacuadas por las autoridades que intervinieron en el proceso. Se impone, por consiguiente, la transcripción del mismo, porque resume en forma admirable todo lo concerniente al punto que se estudia.

Dice el señor Procurador:

"Acerca de este punto, el expediente contiene lo que sigue:

En memorial de fecha 13 de enero de 1950, el señor apoderado de los Millanes le pidió al investiga-

dor que repreguntase a los testigos de cargo conforme a los interrogatorios que le acompañó, y que realizado ésto, se llevase a término la diligencia de reconstrucción de los hechos (fs. 44 y 45, Cuad. 1º).

La prueba fue decretada el mismo día trece de enero.

En consecuencia, fueron repreguntados, en la forma solicitada, los testigos Eduardo Chaverra, Luzmila Chaverra, Carlos Mendoza y Máximo Quintero (fs. 45 vto., 46 vto., 49 y 52).

"Respecto a los otros declarantes a quienes debían repreguntarse, no se pudo llevar a cabo la diligencia por causa de imposibilidad, como lo acredita el siguiente informe del Secretario:

"Señor Alcalde: Informo a usted que los testigos José Antonio Wilches, Lucinda Castro y Célimo Mendoza no residen en este lugar, de donde se ausentaron hace algún tiempo, sin que se sepa la actual residencia, y que los testigos Isabel Cruz y María Jesús Chaverra se hallan enfermos reducidos al lecho, según informes de la policía" (fl. 52 vto.).

"Luego el señor Alcalde señaló el 24 de enero de 1950 para la diligencia de reconstrucción de los hechos, la cual se practicó en tal fecha con la presencia de los Millanes y de su apoderado (fs. 42 vto. y 55).

"El 28 de enero de 1950, Gabriel Millán le pidió al Alcalde que lo hiciera comparecer "para practicar la indagatoria". El memorial se agregó al sumario, pero no le fue resuelto por el funcionario instructor (fl. 60).

"Hallándose el negocio en poder del Juez Militar de la Tercera Brigada, éste decretó una ampliación en auto de 31 de enero de 1950. Entre los puntos que debían llevarse a término, estaban los concernientes a la ampliación de indagatoria de Gabriel, y a las repreguntas de los testigos José Antonio Wilches, Lucinda Castro y María Jesús Chaverra, al tenor de lo pedido por el apoderado de los Millanes. Comisionó para ello al Alcalde de Roldanillo, excepto en lo relacionado con la dicha ampliación de indagatoria (fl. 81).

"El comisionado repreguntó a la Chaverra y a Isabel Cruz, y no lo hizo en cuanto a Wilches y la Castro, porque el Secretario le informó que éstos y otros declarantes, 'se ausentaron de la vereda de 'El Rey', en donde residían, sin saberse de su residencia actual, motivo por el cual no ha sido posible recibirles sus declaraciones que debían rendir en este informativo (fs. 83 vto., 84 vto. y 85 vto.).

"A su vez el apoderado de los Millanes le pidió al Alcalde que les recibiera ampliación de indagatoria a los procesados, y el funcionario negó la prueba, arguyendo que no estaba autorizado para ello por el comitente. Agregó que la petición debía 'dirigirse al funcionario que está conociendo del negocio', conforme al artículo 135 del Código Judicial (fs. 83 y 83 vto.).

"En memorial de 17 de febrero de 1950, los acusados le reiteraron al Juez Militar la petición de ampliar sus indagatorias, escrito que fue agregado a los autos sin providencia alguna (fl. 87).

"El 27 del mismo mes, el apoderado de Ramón Millán solicitó ante el Juez Militar la práctica de varias pruebas, entre ellas, la ampliación de indagatoria de Gabriel Millán y numerosos testimonios. Estos últimos tendían a establecer lo siguiente:

"a) La buena conducta anterior de Ramón Millán;

"b) Enemistad entre Ramón y el Alcalde de Roldanillo, funcionario de instrucción;

"c) Ataque de Eduardo y José León Chaverra a Gabriel Millán, con cuchillo y peinilla, la noche de los sucesos; y

"d) Enemistad de los testigos Célimo Mendoza, Antonio Wilches y Lucinda Castro con el procesado Ramón Millán (fl. 91).

"El memorial no fue resuelto.

"El mismo apoderado, con fecha 10 de marzo de 1950, presentó otro escrito al Juez Militar, en que le acompañó varias declaraciones relacionadas con estos hechos: un disgusto habido entre el Alcalde y Ramón Millán, que terminó con amenazas por parte del primero; otro disgusto entre Eduardo Chaverra y su tío José León, a tal punto que aquél amenazó a éste; confesión extrajudicial de Eduardo Chaverra, de ser el autor de la muerte de José León, pero que con la ayuda del Alcalde, había logrado desplazar la responsabilidad de ese homicidio hacia los hermanos Millán, especialmente contra Ramón (fl. 92).

"Las pruebas presentadas se agregaron al proceso sin dictar ningún auto (fl. 100).

"El 27 del mismo marzo, el apoderado sustituto de Ramón Millán le presentó al Juez Militar otros testimonios extrajuicio sobre una riña habida entre Eduardo y José León Chaverra la noche del incendio, provistos ambos de armas blancas; un ataque de los mismos dos sujetos a Gabriel Millán, al presentarse éste en tales momentos de la riña; un ataque de Eduardo a José y Gabriel cuando los dos últimos se hallaban agarrados en el suelo; haber salido Eduardo con los vestidos ensangrentados después de ese acometimiento con la peinilla que les hizo a José León y a Gabriel; no haber éste hecho uso de su peinilla cuando logró zafarse de sus ad-

versarios Eduardo y José León; no estar presente ninguno de los hermanos Millán cuando Gabriel luchaba con los Chaverras; y presencia de poca gente en el lugar de los sucesos (fs. 101 a 105).

"El apoderado pidió que dichas declraciones fuesen ratificadas, pero el Juez nada decidió.

"En nuevo memorial de 12 de abril de 1950, el apoderado insistió sobre la ratificación de la abundante prueba testimonial acompañada y pidió, además, que los testigos de cargo ampliaran sus dichos, a fin de poder repreguntarlos, y que se allegara el pasado judicial de los Millanes (fl. 108).

"Adjuntó allí mismo otras declaraciones extrajuicio, con la solicitud de que fueran ratificadas, acerca de estos puntos: disgusto anterior ocurrido entre Gabriel Millán y el Cabo de la Policía Jorge Moreno; y haberse ensangrentado Gabriel las manos y la peinilla que portaba, horas antes de los acontecimientos, a causa de haberle introducido los intestinos a un cadáver que se hallaba en el cementerio de Roldanillo (fs. 109 a 111).

"Este memorial tampoco fué tramitado.

"Con fecha 15 de abril de 1950, el Juez Militar dictó una extensa providencia sobre análisis de los hechos punibles y sus responsables, y concluyó conceptuando que debía convocarse Consejo de Guerra Verbal contra los hermanos Ramón, Abelardo, Gabriel y Manuel Jesús Millán, como así lo hizo la autoridad militar correspondiente (fs. 114 a 164).

"En la primera audiencia, ni los procesados ni su defensor solicitaron prueba alguna, y al tomar la palabra Gabriel Millán, manifestó que era inocente y que 'cuando el incendio, sus hermanos no estaban con él' (fs. 148 y 149).

"Por su parte, el representante de los Millanes hizo notar que no se tomaron las declaraciones pedidas por ellos, a pesar de todas las solicitudes que hicieron al respecto (fl. 149 vto.).

"Sobre este mismo tema, los acusados se quejaron ante el Procurador General (fs. 166 a 170).

"Dictada la sentencia de primer grado, y cuando del expediente conocía en segunda instancia el Jefe del Estado Mayor, el defensor de Ramón Millán le elevó un escrito, llamándole la atención sobre la falta de garantías para los procesados, por no haber atendido el funcionario instructor la solicitud de pruebas que ellos le hicieron en tiempo oportuno (fl. 172).

"El mismo defensor presentó entonces otras declaraciones extrajuicio y unas partidas de origen eclesiástico. Dichos testimonios aluden al buen comportamiento de los Millanes, y al disgusto y la pelea entre Eduardo y José León a raíz del incendio, momentos en los cuales no estaban presentes los acusados (fs. 174 a 177).

"En memorial de 14 de noviembre de 1950, los Millanes se dirigieron al Tribunal Militar de Bogotá, y en tal escrito Gabriel afirma que a la hora del incendio sus hermanos no se hallaban allí. Y luego dice textualmente lo siguiente, que se copia con su ortografía:

"En pocas palabras detallo, como dije que estando en compañía del actual osiso, hay dentró un señor de nombre Eduardo Chaverra y se dirigió donde nos incontrábamos yo y el osiso armado Eduardo Chaverra de puñal y peinilla, lo primero que izo Eduardo Ch. fue ofendernos de palabras soeses y en seguida nos tiró peinillazos, y puñaladas con las armas que tenía, tanto a José León Chaverra como a mi, yo por el instante sólo me limité a defenderme de los ataques que me asía Eduardo Ch. y en seguida salí y me fui asia mi casa, dejando allí a Eduardo, que seguía tirándole a José León Ch.

"Qué iso después Eduardo Chaverra, se fue i puso el denuncio contra nosotros los cuatro hermanos Millanes y se balió de muchos pretestos y nos acusó a nosotros de haber dado muerte a José Lión Chaverra" (fl. 180 vto.).

"Finalmente, durante las sesiones del segundo Consejo de Guerra Verbal, Gabriel manifestó a ese respecto:

"...Estaba conversando con León Chaverra, llegó Eduardo Chaverra y dijo "qué es lo que quieren parranda de hijueputas", y comprendiendo que éso era con él se retiró (el acusado) para evitar el peligro hacia su persona" (fl. 212).

"En la audiencia, el señor defensor, General Rafaél Pizarro, pidió que se les recibiera testimonio a ocho personas, o sean los señores José Abogardo Rentería, José Ernesto Tascón, Ulpiano García, Milcíades Rodríguez, Nazario Castro, Maximiliano Mendoza, Gregorio Rodríguez y Simeón Rodríguez para que ratifiquen sus declaraciones— si las tienen rendidas extra-juicio- o para que declaren sobre la conducta de los acusados en la noche de autos" (fl. 209 v.).

"La prueba fue aceptada, y compareció en primer término Rentería. Afirmó haber presenciado que Gabriel Millán se ensangrentó las manos y posiblemente también la peinilla que cargaba, en la tarde del primero de enero de 1950 (día de los sucesos), cuando le introdujeron los intestinos al cadáver que se halla en el cementerio de Roldanillo (fl. 209 v.).

"Luego declaró Tascón haber visto que, cuando se estaba quemando una casa situada en la vereda de El

Rey, en la fecha indicada, dos individuos disgustaban nombrándose la madre, uno de ellos —el más joven— tenía una peinilla y un cuchillo y el otro —el más viejo— una peinilla; pero que no se dió cuenta si se hirieron. Que después su compañero Simeón Rodríguez le dijo que el joven era Eduardo Chaverra, y el viejo José León. Que esa noche no vió en ese lugar a los hermanos Millán (fs. 210 y 210 v.).

"En tercer lugar se presentó Simeón Rodríguez, y manifestó constarle personalmente que a la hora del incendio Eduardo Chaverra le tiraba puñaladas y peinillazos a José León, quien ya estaba herido y ensangrentado; que estuvo como un cuarto de hora presenciando la pelea; y que luego se retiró con su compañero José Ernesto Tascón (fs. 210 v. y 211).

"En este estado, el señor Fiscal pidió un careo entre Tascón y Rodríguez, el cual fue decretado. Entonces declaró Tascón:

"Yo no estaba en ese sitio en dicha noche (la de la tragedia), yo estaba en Cajamarca, vereda de Roldanillo, y si antes manifesté que había estado allí fue porque me dijeron que dijera que había estado allí, me dijeron los señores Ramón Millán y Simeón Rodríguez, el señor que está aquí, que dijera que había estado esa noche presenciando una pelea y un incendio, pero yo no estuve allí ni me consta nada, y lo que dije en mi anterior declaración no es verdad y quiero honradamente decir la verdad como la digo. A mí me dieron (sic) el pasaje o el valor del pasaje para que viniera a declarar. Esa noche estuve donde Manuel Ascensión Mayor y estaba en una moliendita, y cuando llegó la noticia del crimen, estaba yo en Cajamarca donde una primita que llama Ana Jesús Tascón... Antier fue el señor Ramón Millán a buscarme para que viniera a rendir la declaración de que yo había presenciado el incendio y la pelea, pero yo ni estuve allí ni he visto nada" (fs. 211 y 211 v.).

"El otro careado —Simeón Rodríguez— no se desconcertó al principio con la honesta retractación de José Ernesto, y persistió en su primitivo dicho sobre la pelea entre Eduardo y José León; "pero —dice el Acta— requerido por el señor Fiscal para que dijera la verdad, consciente del juramento que había prestado y teniendo en cuenta las responsabilidades morales y penales que con él contrae, manifiesta que evidentemente él ha rendido esta declaración por el amor que le tiene a una Millán, pero que en verdad lo que él manifiesta sobre el incendio y la pelea no lo vió ni presenció y que así lo aclara como hombre honrado y para quedar en paz con su conciencia y con la justicia" (fl. 211 v.).

"Entonces —continúa el Acta— el señor defensor manifiesta que no hay necesidad de recibir más declaraciones de la defensa", y prosiguió la sesión (el mismo folio).

"Tan convencido quedó el digno defensor de que los famosos declarantes nada habían presenciado, que más tarde dijo en la audiencia:

"Como el señor Fiscal, agrega el defensor, se ha permitido calificar a Ramón Millán de ser un hombre de una sagacidad poco común por haber traído en su defensa testigos inoperantes, el defensor considera conveniente aclarar que los derechos del sindicado para defenderse son ilimitados y que podría considerarse una idiotez el hecho de que el sindicado no apelara a los recursos que él considere idóneos para su defensa" (fs. 213 v. y 214).

Del minucioso relato que la Procuraduría ha hecho sobre las actividades probatorias de la defensa, surgen las siguientes conclusiones que el mismo colaborador resume de la manera siguiente:

"a) Que las pruebas solicitadas por el apoderado de los Millanes en sus memoriales de folios 44 y 45, fueron atendidas sin demora alguna por el funcionario de instrucción, y que si varios testigos no pudieron ser entonces repreguntados, ello se debió a hallarse ausentes, unos, y a estar enfermos, otros;

b) Que la comisión conferida por el Juez Militar al Alcalde de Roldanillo en auto de 31 de enero de 1950 (fl. 81), no la pudo cumplir éste integralmente, por motivo de ignorarse la residencia de algunos de los declarantes; y que si negó recibirle ampliación de indagatoria a los procesados, tal negativa fue correcta, por carecer de facultades para hacerlo, de acuerdo con el artículo 135 del Código Judicial (fs. 83 y 83 v.);

"c) Que, en definitiva, no fueron resueltas las siguientes peticiones de la defensa:

"Ampliación de las indagatorias de los Millanes (fs. 60, 87 y 91);

"Ratificación de los testimonios extrajuicio presentados (fs. 101 y 108);

"Recepción de las declaraciones de Abogardo Rentería, Gregorio Rodríguez N., Pedro Nel Romero, Emilio Henao, Eleázar García, Arcesio Ordóñez, Joaquín Moncada, Ismael Reyes y David Pulgarín (fl. 91), tendientes a comprobar una enemistad anterior entre el Alcalde instructor y el acusado Ramón Millán, un ataque de Eduardo y José León Chaverra a Gabriel Millán en la noche de los sucesos, y una enemistad de los testigos Célimo Mendo-

za, Antonio Wilches y Lucinda Castro con el mismo Ramón; y

"Ampliación de los dichos de los testigos de cargo para que el apoderado de los Millanes pudiese repreguntarlos;

d) Que si bien no fueron recogidos los testimonios de las personas citadas en el memorial del folio 91, la defensa se encargó de hacerlos tomar, en gran parte, ante otra autoridad y que se agregaran a los autos, y aún más: sobre ellos alegó tesis favorables a los procesados en los dos Consejos de Guerra reunidos aquí, como puede verse a los folios 149 v., 213 y 214. Y no sólo ésto, sino que los juzgadores de instancia tuvieron en cuenta la dicha prueba extrajuicio, aún sin el requisito de la ratificación, para rechazarla por no ser conveniente (fs. 153 v., 154, 217 v., 218, 219 v., 221 v., 232 y 233);

e) Que acerca de la nueva ampliación de los testigos de cargo para repreguntarlos, esa prueba ya había sido llevada a término a solicitud del apoderado (fs. 44, 45, 45v., 46v., 49, 52, 52 v., 81, 81 v., 83 v. y 85 v.); y

f) Que la tesis principal de la defensa a que sus pruebas se referían, estaba encaminada al hecho de que Eduardo Chaverra pudo ser el autor del homicidio de José León, y con esa finalidad los acusados gestionaron la recepción de varios testimonios ante el segundo Consejo de Guerra Verbal, pero allí el propio defensor tuvo que prescindir de la aludida prueba, por la circunstancia gravísima de que los testigos eran mentirosos y nada les constaba sobre la verdad de los acontecimientos.

"Así las cosas, resulta palpable que las pruebas que dejaron de allegarse eran extrañas a la verdad material o histórica de los hechos investigados y a los altos intereses de la justicia. Con ello, pues, no se atentó contra la *justa causa* de los Millanes, ni menos se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional".

De manera que el cargo de que dejaron de practicarse las pruebas pedidas por la defensa se desvanece ante los hechos que presenta el proceso y que establecen que la nulidad que se pretende sustentar sobre tal base no tiene existencia ninguna. En varios fallos en recursos de casación interpuestos precisamente contra sentencias pronunciadas por la Justicia Penal Militar, ha tenido esta misma Sala oportunidad de sentar doctrina en lo concerniente a la nulidad que acarrea para un juicio de esta clase el que a los procesados se les merme o limite el derecho de producir aquellas pruebas que dentro de la forma sumaria como esos procesos se juzgan, consideren convenientes para su descargo y para demostrar su inculpabilidad. En todos esos casos fue posible patentizar que en realidad de verdad los derechos de la defensa fueron conculcados en forma que contraría las normas constitucionales y legales que regulan la facultad del procesado en orden a demostrar su inocencia o a modificar las circunstancias de la imputación por los medios que considere adecuados para ello.

Pero en ninguna de esas oportunidades encontró la Sala que se hubieran garantizado, como en el caso de este proceso, aquellos derechos de la defensa. Por lo mismo que no fue así, no vaciló en decretar la nulidad sustancial, para que el menoscabo a los intereses de los procesados fuera corregido en forma de dar a éstos las plenas garantías a que tienen derecho porque las consagra la Constitución y la ley.

En efecto, en casación de Juan Jaime Maldonado dijo la Corte: "Por algo estableció el legislador que en procesos penales será motivo de casación la ocurrencia de una nulidad "sustancial" en el procedimiento. Y una de las más notorias que pueden darse es la de no practicar las pruebas solicitadas por la defensa" (GACETA JUDICIAL, tomo LII, Nº 1979, pág. 451 s. s.).

Posteriormente, y en sentencias pronunciadas por la justicia castrense, reafirmó igual doctrina. Tales fueron las casaciones de Alfredo Pomar Lozano y Eduardo Mendoza Reyes, de fecha 17 de junio y 5 de septiembre de 1952, respectivamente.

En este proceso, como ha quedado superabundantemente demostrado, está muy lejos de haberse producido igual contingencia. Por el contrario, la defensa tuvo cuantas garantías son propias de esta clase de juicios y llegó a hacer uso de ellas hasta en forma que por inmoral compromete ante la ley a quienes usan de tales procedimientos.

Menos aún es aceptable el cargo por lo que respecta al hecho de no haberse recibido la ampliación de las indagatorias de los procesados. Este aspecto también lo presenta la demanda, al afirmar: "Ciertamente, nada puede ser más injusto que haberse abstenido el investigador a aceptar una diligencia de tanta importancia como la ampliación de la indagatoria que primeramente pidió Gabriel Millán y sus hermanos. Si tal cosa hubiera ocurrido, es muy posible que por este medio se conociera al verdadero responsable de los hechos investigados, y además que se conocieran los móviles de los delitos cometidos... Yo, autorizado por aquéllos, debo decir que la malograda ampliación de indagatoria tenía por objeto afirmar el autor y los orígenes de los delitos".

Se contesta a lo anterior:

A lo largo del proceso los sindicados tuvieron oportunidad de hacer las manifestaciones convenientes a su defensa y entre ellas revelar el autor de los delitos, lo mismo que los móviles que los determinaron, oportunidad que bien hubieran podido aprovechar al tiempo de la celebración de las audiencias cumplidas en el proceso, pero ello no sucedió así, y en cambio se limitaron en el primer Consejo a manifestar que eran inocentes, agregando Gabriel que al ocurrir el incendio, sus hermanos no estaban con él (fl. 149).

Ya al celebrarse el segundo Consejo, los procesados pusieron de presente su incapacidad para cometer los hechos que se les imputaban y protestaron por la conducta del funcionario instructor a quien tildaron de parcial. Afirmaron también que los testigos que les hicieron cargos eran sus enemigos, y Gabriel llegó hasta agregar que a la hora del incendio cuando Eduardo Chaverra se presentó en tono amenazante, optó por retirarse de allí para evitar cualquier peligro contra su persona. En cuanto a las manchas de sangre que éste presentó en las manos y que le fueron reconocidas en la peinilla que portaba el día de los hechos, expresó que se debieron a la intervención que tuvo con un cadáver en el cementerio de Roldanillo. Llama la atención sobre este hecho que otra oportunidad tuvo también Gabriel para referirse a él y sin embargo, contradiciéndose, manifestó que la sangre de su peinilla provenía de que sus hermanas se hubieran puesto a arreglar carne con ella como acostumbraban hacerlo (fl. 25).

En escrito dirigido por los procesados al Tribunal el 14 de noviembre de 1950, afirmó Gabriel que Eduardo Chaverra lo había atacado a él y a José León, con puñal y peinilla en la noche del incendio, dando a entender con ello que el autor del homicidio no fue otro que el citado Eduardo. Mas, quedó visto ya que la misma hipótesis se planteó en varias declaraciones extrajuicio, a las que el Consejo de Guerra se abstuvo de darles el menor crédito, de donde se infiere que los Vocales sí se dieron cabal cuenta del objeto perseguido por los procesados acerca de la finalidad buscada con las insistentes peticiones sobre ampliación de las indagatorias, de donde resulta también que la responsabilidad de los condenados no se debió propiamente a la omisión de esa prueba ni a la imposibilidad en que éstos se encontraban para dar explicaciones referentes a los autores de los delitos o sus partícipes y a los móviles que los determinaron. Nada significa la manifestación de que por ignorancia no ampliaron sus dichos ante el Consejo de Guerra Verbal que por dos veces los juzgó, porque a esa excusa inválida se opone la circunstancia de haber hecho los procesados uso de la palabra en las audiencias. En esas oportunidades, con toda amplitud, habrían podido hacer las manifestaciones que creyeran convenientes para su defensa, pues ninguna ocasión más propicia y favorable se les presentaba tendiente a esa finalidad, especialmente para expresar quién o quiénes eran los verdaderos autores de los delitos, máxime si como consta de autos uno de los procesados —Ramón Millán— es persona de "sagacidad poco común", como dijera de él el señor Fiscal, lo que sin duda alguna le facilitaba en aquellas oportunidades hacer las manifestaciones más convenientes a sus intereses.

Por tanto, resulta establecido que tampoco está comprobado este tercer cargo.

Cuarto cargo

La demanda lo hace consistir en la circunstancia de que los cuestionarios que debía resolver el Consejo de Guerra Verbal fueron presentados a los Vocales y a los propios procesados tardíamente.

El actor concreta así el cargo:

"Otra irregularidad cometida en el desarrollo del proceso se refiere a la importante cuestión de la inoportunidad en la lectura de los cuestionarios. Dada la naturaleza del juicio oral a que fueron sometidos mis mandantes, la formación de los cuestionarios que reemplazan el auto de llamamiento a juicio, ha debido hacerse al principio de la audiencia, y no propiamente a los Vocales del Consejo, sino a los propios acusados, para que ellos conocieran los cargos por los cuales se les iba a juzgar".

Anota el colaborador que si bien en el primer Consejo reunido para juzgar a los Millán no hay una constancia expresa de la oportunidad en que fueron entregados los cuestionarios que debían resolver los Vocales, es necesario aceptar que la expresión contenida en los finales del acta respectiva, en donde se dice "que terminada la intervención del defensor, el Consejo, a quien se le habían sometido previamente los cuestionarios, delibera y dá su voto individual" (fs. 149 v,), no quiere significar otra cosa que ellos fueron presentados en la oportunidad legal señalada por el artículo 130 del Código Militar de 1945, aplicado aquí, es decir antes de que hicieran uso de la palabra las personas que intervenían en el proceso (acusados, Fiscal y defensor).

La observación es cierta, mas la circunstancia que

lo acaecido en el primer Consejo de Guerra reunido para el juzgamiento de los procesados, quedó totalmente invalidado con la declaratoria de contraevidencia que recayó sobre esa decisión, por las razones ya apuntadas, hace innecesario entrar a estudiar nada que se relacione con ello.

No sucede lo mismo en lo tocante con el segundo Consejo de Guerra, cuyo veredicto condenatorio dió ocasión para que fueran sentenciados los procesados y a que interpuesto el recurso de casación contra el fallo de segundo grado, corresponda a la Corte decidir.

Del acta respectiva se deduce que los cuestionarios fueron presentados después de concluído el debate. Allí se dice:

"Terminada la intervención del señor defensor, el señor Asesor Jurídico entregó a cada uno de los Vocales el cuestionario escrito que deben contestar.

"Hecho el escrutinio, resulta por unanimidad de votos, responsables correlativamente los señores Ramón Millán Sánchez, Gabriel Millán Sánchez, Abelardo Millán Sánchez y Manuel Jesús Millán Sánchez del homicidio en la persona del señor José León Chaverra con caracteres de alevosía e indefensión por parte de la víctima, siendo condenados a las siguientes penas... (fl. 214).

Para examinar este cargo de nulidad sustancial por carencia de las garantías procesales, conviene ante todo señalar las disposiciones legales que gobiernan el juicio por Consejos de Guerra. La ley penal militar aplicada aquí, que lo fue la 3ª de 1945, señala el procedimiento ordinario para juzgar a las personas justiciables por los tribunales castrenses y aquel otro privativo exclusivamente para los Consejos de Guerra Verbales. Así, en el Capítulo II del Título II, bajo el epígrafe "De la audiencia pública", se dan las reglas que deben observarse cuando se trata de impartir justicia por los Tribunales Militares en los casos en que la competencia para ello no esté atribuída a los Consejos Verbales de Guerra, es decir cuando se trata de juzgar a los militares o particulares sindicados de los delitos previstos en este Código, que delincan en el caso de guerra exterior o interior, conflicto armado o turbación total o parcial del orden público.

Claramente se ordena en el texto del artículo 73 que el cuestionario que el Juez debe someter al Tribunal, debe presentarse "al principiar la audiencia pública". En las disposiciones que rigen para los Consejos Verbales de Guerra, no existe un texto tan expreso. Sin embargo, todo el ordenamiento legal conduce a establecer que dada la manera de proceder en tales juicios sumarísimos, la lógica y la equidad indican que los cuestionarios, que en cierta forma puede decirse constituyen el pliego de cargos que se formula contra los procesados, en reemplazo del auto de proceder, deban presentarse de manera que las partes que intervienen en el juicio tengan oportunidad de conocer con el tiempo necesario para preparar la defensa las acusaciones que en ellos se hacen y las distintas circunstancias que en una u otra forma agraven o modifiquen la responsabilidad.

Al respecto conviene hacer una sucinta relación del modo de procederse en tales juicios y la marcha del procedimiento, a fin de destacar la importancia que tiene la cuestión que se estudia.

Dice el artículo 126 de la ley aludida que el Consejo de Guerra Verbal se instalará, en sesión privada, bajo la presidencia del Vocal de mayor grado. Allí mismo se notifica el auto de convocatoria, se le hace saber al acusado que puede defenderse por sí o designar un defensor militar, y en caso contrario, o cuando no sea hallado, se le nombrará un defensor de oficio.

El artículo 127 ordena que la autoridad militar que convoca el Consejo debe poner a disposición de éste todos los testigos que deben ser interrogados, los documentos pertinentes y la investigación previa, si se ha llevado a cabo.

En el mismo acto y en sesión permanente, dice el artículo 128, y con la asesoría jurídica del Juez Militar, se procede a interrogar por separado a cada uno de los testigos en el número que sea necesario y cuando esta prueba sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos y la responsabilidad del acusado. Pueden también interrogar a los testigos el Fiscal, el defensor y los Vocales.

El artículo 129 manda que una vez recibida la indagatoria al acusado, si es hallado, o antes de esta diligencia, tanto el Fiscal como el acusado o su defensor, tienen derecho a solicitar pruebas, las que se practican siempre que a juicio del asesor jurídico sean conducentes y puedan producirse inmediatamente.

Es después de practicadas las anteriores diligencias cuando, como lo ordena el artículo 130, el asesor jurídico formula por escrito y entrega a cada uno de los Vocales el cuestionario redactado, según lo prescrito por la misma disposición.

Entran entonces —según las voces del artículo 132— el Fiscal y el defensor a estudiar el expediente, por el término hasta de cuatro horas cada uno. Se suspende para este efecto la sesión, sin que puedan retirarse los Vocales del lugar en donde ella se verifica.

Vencidos los traslados, que son por lo dicho de cuatro horas como término improrrogable, se reanuda la sesión, como lo prevé el artículo 133 y se concede la palabra, por una sola vez y en su orden, al Fiscal, al acusado, si quiere hacer uso de ella y a su defensor.

De manera que según el procedimiento transcrito en lo fundamental para el caso en estudio, el traslado para que el Fiscal y el defensor se enteren del expediente, se cumple cuando ya en poder de los Vocales se encuentra redactado el cuestionario o cuestionarios que las partes deben conocer al recibir el traslado con el objeto de informarse de los cargos contenidos en ellos y en el expediente, cuyo estudio tienen que hacer en el término perentorio de cuatro horas para cada una de las que intervienen en el proceso.

No cambia, pues, por este aspecto el espíritu que informa al Código de Justicia Penal Militar, en el sentido consignado en el artículo 73, de conformidad con el cual los cuestionarios deben formularse "al principiar la audiencia pública". No lo dice de manera expresa el procedimiento para los Consejos de Guerra Verbales, pero de todo el conjunto de disposiciones cuyo sentido se deja antes copiado, se desprende sin esfuerzo alguno que la formulación de los cargos que el cuestionario implica, con todas las circunstancias y modalidades que presente el delito, debe preceder al estudio que las partes hacen antes de reanudar la vista oral del juicio, pues para entonces necesitan disponer de todos los elementos que les sirvan para llevar a cabo su cometido en orden a la acusación y a la defensa.

Afirma el colaborador que el procedimiento adoptado en el proceso por el incumplimiento de estos requisitos es violatorio de la ley y menoscabó los derechos del Agente del Ministerio Público y de los procesados.

"En los Consejos de Guerra Verbales dice —dado lo extraordinario y limitativos que son en cuanto al ejercicio de los derechos de que disfrutan las partes— es menester observar estrictamente las normas positivas que los regulan, a fin de que ese mínimo de garantías que consagra la ley no sufra menoscabo y afecte la administración de justicia.

"En dichos juicios, por su misma naturaleza y al tenor de la citada ley 3ª, la investigación se hace en términos rapidísimos y se confía al propio Consejo de Guerra Verbal; no se admite en las sesiones la gestión de defensores civiles, sino la de oficiales militares; no se dá traslado a los Vocales para que estudien el proceso y formen su convicción acerca de los cargos que le resultan al sindicado; no hay tránsito de sumario a juicio, porque allí no se dicta auto de proceder; practicadas las pruebas, se formula el cuestionario y se le entrega a cada uno de los Vocales, documento que se elabora de acuerdo con "el hecho o hechos materia de la investigación"; el traslado del negocio al Fiscal y el defensor sólo tiene el angustioso término de cuatro horas para cada uno; y, finalmente, las mismas personas y el acusado pueden hablar 'por una sola vez' en el curso del debate.

"Como se ve, el cuestionario adquiere en estos procesos un carácter de excepcional importancia, sencillamente porque viene a ser la síntesis o calificación de los hechos sobre que versa el sumario, y el pliego de cargos que se formula al acusado. Ese acto plantea, en consecuencia, las condiciones del debate entre las partes, fija los presupuestos en que ha de moverse la decisión de los Jurados al dar su veredicto; y señala, en fin, las bases del poder jurisdiccional del Estado en el momento de pronunciar la sentencia definitiva.

"Es decir, el cuestionario equivale, precisamente, al auto de proceder, que es el eje sobre que gira el juicio penal en el procedimiento ordinario, auto que, como es obvio, tiene que ser anterior al debate, a las alegaciones del Ministerio Público y al fallo final.

"De suerte que si el cuestionario, en los Consejos de Guerra Verbales, se redacta después de que las partes han hecho uso de la palabra para sustentar sus respectivas tesis, se les crea con ello una situación difícil y caótica, porque ignoran cuáles son las imputaciones individualizadas que pesan contra el sindicado y cómo deben sostenerlas, si del Fiscal se trata, o refutarlas, si es el defensor; y así mismo se priva a los Vocales o Jurados de conocer con antelación qué hechos concretos y precisos deben calificar, a fin de irlos analizando en su criterio y pesando en su conciencia, de acuerdo con las pruebas recogidas y los alegatos de los interesados, para poder dar un veredicto justiciero y exento de precipitación.

"Un juzgamiento así, que restringe todavía más y en forma arbitraria la índole excepcional de los Consejos de Guerra Verbales, viola indudablemente el artículo 26 de la Constitución y hace nulo lo actuado en la audiencia".

Y concluye así el distinguido colaborador:

"Obsérvese, en el presente asunto, que en el segundo Consejo de Guerra Verbal el defensor no pudo analizar ni combatir un punto tan esencial como el concerniente a las circunstancias modificadoras que elevaron el homicidio a la categoría de asesi-

nato, debido cabalmente a no haberse presentado los cuestionarios antes de que las partes recibieran el negocio en traslado e hiciesen uso de la palabra. La investigación levantada le indicaba hasta ese momento al defensor la existencia de un incendio y de un homicidio, pero sin saber, respecto del último delito, cuál era el pensamiento del Consejo sobre las modalidades específicas del hecho punible de que debían defenderse los Millanes y acerca de las cuales tenía que resolver el Jurado".

Esta misma Sala de la Corte ha compartido igual criterio y tiene dicho:

"Las normas del Código de Justicia Penal Militar (en otro lugar resumidas), únicas aplicables a este proceso, revelan y precisan el carácter de excepción y extraordinario de los juzgamientos atribuídos a los Consejos de Guerra Verbales. En ellos no existe, como en los ordinarios, el juicio, cuyo punto de partida —el auto de proceder— es eliminado sin que acusadores y defensores tengan otra orientación, para el ejercicio de sus funciones (acusación o defensa), que los cargos expresados en los cuestionarios, lo que implica la obligación —impuesta por el artículo 130— de formularlos y entregarlos a cada uno de los Vocales después de las indagatorias y antes del traslado del expediente al Fiscal y al defensor.

"Si como aquí ha sucedido, tales cuestionarios fueron presentados después de que el Fiscal y el defensor habían intervenido, esto es, al final de la audiencia —como lo confirma el acta— se pretermitió una de las más sustanciales formalidades de este procedimiento, la de poner en conocimiento de los Vocales, del Fiscal y del defensor, cuáles eran las infracciones, precisas y determinadas, imputadas a los procesados, sobre las cuales debían recaer la acusación del Fiscal, la acción del defensor y la decisión de los Vocales" (sentencia de 31 de octubre de 1950. Casación de Félix Eduardo Monroy Cubillos y Ricaurte Mejía Loaiza. GACETA JUDICIAL, tomo 68, pág. 345 y s. s.).

Se cumplen, pues, en el presente caso los mismos presupuestos de la doctrina mencionada, ya que se pretermitieron formalidades que hacen incidir la nulidad sobre el texto del artículo 26 de la Constitución Nacional, desde luego que no se juzgó a los procesados de conformidad con las normas que regulan ésta clase de juicios.

Prospera, en consecuencia, la causal cuarta alegada, la que debe ser reconocida desde la celebración del segundo Consejo de Guerra Verbal, "por ser allí donde aparece claramente demostrada la inoportuna y tardía elaboración de los cuestionarios".

No entra la Sala en el estudio de las causales segunda, primera y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, también alegadas, por ser ello innecesario frente a la decisión que va a adoptarse.

El veredicto dado por el primer Consejo, relativo al incendio, debe quedar en suspenso, como lo solicita el señor Agente del Ministerio Público, mientras se subsana el vicio de nulidad y se decide nuevamente sobre el homicidio. Ello porque es menester que las dos infracciones se decidan en un solo fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado,

RESUELVE:

1º Invalidar, como en efecto invalida, la sentencia recurrida, en la cual se juzgó a los procesados Gabriel, Ramón, Abelardo y Manuel Jesús Millán Sánchez, por el delito de homicidio en la persona de José León Chaverra;

2º Declarar *nulo* lo actuado a partir de la celebración del segundo Consejo de Guerra que juzgó a los procesados; y

3º Dejar en suspenso el veredicto dado por el primer Consejo Verbal de Guerra, en lo relativo al incendio, mientras decide lo referente al homicidio, el nuevo Consejo que ha de reunirse en este juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

INTERPRETACION DEL VEREDICTO DEL JURADO. — LA RIÑA IMPREVISTA NO ES INCOMPATIBLE CON EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

1.—El fundamento inmediato de la sentencia y lo que constituye la norma que debe guiar al Juez en la imposición de las penas, es el veredicto, en los juicios que se siguen con la intervención de los jueces populares. Así lo predica el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, al ordenar que la sentencia se dicte de acuerdo con la calificación que el Jurado dá a los hechos sobre los cuales ha versado el debate. De manera que la pena o la absolución que sobre el caso recaiga, resulta correcta cuando la decisión del Juez de derecho guarda armonía con el auto de proceder y es a la vez producto de las afirmaciones del tribunal de conciencia, reflejadas en el veredicto.

De conformidad con el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, corresponde al Jurado calificar los hechos y determinar la responsabilidad. Al juzgador de derecho, en los juicios de que conoce el Jurado, apenas le otorga la ley la facultad de calificar y apreciar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, siempre que no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito. En este último caso, tal atribución corresponde a los jueces populares, que deciden verdad sabida y buena fe guardada, sobre todos aquellos elementos que comportan una calificación del hecho y que como tales, significan algo que entraña o la modificación de la responsabilidad o la agravación de la misma, por la existencia de una causal calificadora que agrava la infracción.

Con todo, la facultad conferida a los miembros del Jurado no es ilimitada. Sus límites legales no van más allá de los que señala el precepto contenido en el artículo 27 de la Ley 4ª ya citada, por cuanto les compete "decidir con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado, sin atender voz distinta a la de su personal conciencia y no hacerlo jamás sin la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga". Por lo mismo, cuando en ejercicio de esa facultad los límites de la función que cumplen resultan rebasados, en forma que el veredicto en conciencia signifique notoria injusticia, porque la íntima convicción con que se produjo contrasta con la claridad de los elementos probatorios que demuestran lo contrario, la norma procesal autoriza para así declararlo, ya que la contraevidencia no implica nada distinto de que el Jurado cumplió su cometido en forma que sobrepasó el límite previsto en la ley, al cual debe sujetar su conducta el tribunal popular.

Cuando no es éste el caso, la sentencia que se dicte, no puede tener contenido distinto del veredicto; en otros términos, tiene que ser el exacto y completo desarrollo de los términos en que éste está concebido, pues en manera alguna la ley le ha atribuído al fallador la facultad de sustraerse a las afirmaciones del Jurado, para buscar en ellas interpretaciones acomodaticias, o sobre conjeturas e hipótesis, hacerle decir, nada distinto de lo que contienen sus términos. La misión del Juez no va más allá de acatamiento a esas decisiones, para buscar dentro de las normas legales sustantivas, la pena correspondiente que armonice con la responsabilidad admitida por el Jurado.

Es verdad que no siempre resulta tarea fácil desentrañar los términos del veredicto, para acomodarlos dentro de la ley. En no pocas ocasiones las respuestas del Jurado se resienten de oscuridad o ambiguedad, susceptibles de producir cierta complejidad en el desarrollo de sus afirmaciones, por no estar éstas en consonancia con la forma realmente clara y nítida como debió responderse al cuestionario, no empleando más expresiones que las que corresponden a los hechos sobre que se les interroga, sin dar explicaciones distintas de las que sean necesarias para afirmar o negar la responsabilidad. Por ello, cuando el Jurado usa expresiones o explicaciones que se salen de estos cauces, es tarea del Juez buscar por los medios legales y sirviéndose de los elementos que le sumi-

nistra el debate judicial que culminó con el veredicto, el alcance de éste y el contenido de sus cláusulas, para acomodarlo a las normas de la ley.

2.—Al predicar el veredicto el hecho de la riña, fijó ya una pauta para aceptar un acto doloso, que no puede escapar a la represión, desde luego que excluye lo fortuito del mismo y desconoce la culpa.

3.—La riña es "un acometimiento recíproco, por vías de hecho, entre dos o más personas con la intención mutua de inferirse daño; es un cruce de golpes o violencias". De la anterior definición, que es unánime en la doctrina y en la jurisprudencia, se desprende esta premisa: no existe riña sin que al mismo tiempo se admita que medió entre los protagonistas del encuentro o lance personal, un propósito determinado, el de pelear y por este medio inferirse daño recíproco.

La riña, por lo mismo que es una acción ilícita, especialmente cuando tiene el carácter de imprevista, única figura que en el estatuto represivo tiene relevancia penal, porque ya no existe, como sí sucedía en el Código de 1890, como delito PER SE, sino que es una circunstancia modificadora de la responsabilidad, implica la existencia de una lucha en que intervienen fuerzas opuestas que por medio de la violencia rechazan también la violencia de la contraparte. Se comprende así, por qué dicha figura es incompatible con la legítima defensa. Quien ejercita el derecho de defenderse legítimamente, no obra sino en circunstancias de tal naturaleza, que imposibilitan otro medio cualquiera de impedir la realización de un grave daño, que amenaza a quien hace uso de aquel derecho, en virtud del cual actúa en cumplimiento de un deber y su intención no va más allá de evitar ese daño, a cuyo efecto hace uso de los medios que considera más adecuados para repeler el injusto ataque de que es víctima. Por el contrario, quien acepta una riña, y en tal sentido esgrime una arma, por el solo hecho de hacerlo está indicando que no puede pretender colocarse en circunstancias que perfilan los presupuestos legales que configuran la legítima defensa; o sea, inminencia del peligro o necesidad de la defensa, actualidad de aquél, injusticia y proporcionalidad, todos los cuales no se encuentran en el caso de la riña, cuya existencia, por sí sola implica el interés de los adversarios en causarse recíproco daño y producir determinados efectos, que se traducen en una intención francamente antisocial y, por lo mismo, dolosa.

En cambio, la riña imprevista es compatible con otras especies de homicidio que le dan a este delito una modalidad específica. Nada se opone a que mediando riña imprevista se cometa un homicidio preterintencional. Puede darse el caso que quien sostiene con otro un altercado o pelea, dirija contra su adversario un golpe sólo con el propósito de causarle un daño en el cuerpo o en la salud, y a consecuencia de ello se produzca un resultado que sobrepase aquel propósito. El mismo texto legal que consagra el homicidio surgido de riña imprevista, admite la figura, puesto que el precepto que contiene, no se refiere a una clase especial de homicidio, sino que lo hace extensivo a los delitos contra la vida y la integridad personal, en sus especies de homicidio y lesiones personales, únicamente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

En sentencia de fecha 27 de junio del año en curso (1952), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, absolvió a Jenaro Cabrera Numpe del cargo de homicidio, y condenó a "Melitón Merchán" (sic) por el de lesiones personales a la pena de dos meses de arresto.

Contra este fallo el señor Fiscal del mismo Tribunal interpuso el recurso de casación, pero no fundó el recurso. Como quiera que la Sala mantiene la doctrina que en tales casos corresponde formular la respectiva demanda al Procurador Delegado en lo Penal, si considera que existen motivos para la impugnación de la sentencia de segundo grado, dicho funcionario, al descorrer el traslado encontró que hay lugar a ello, y al efecto formuló la demanda, invocando como causales la tercera y la primera del artículo 567 del Código Procesal Penal.

Anuncia el recurrente que estudiará en un solo capítulo los dos motivos del recurso, por cuanto se fundan en las mismas razones y se persigue un objetivo único: la represión de un homicidio pre-

terintencional en riña suscitada de modo imprevisto, conforme a los artículos 365 y 384 del Código Penal.

Hechos:

Angel María Silva mantuvo relaciones de carácter sexual con Josefa Merchán y ésta resultó embarazada. Melitón Merchán, padre de Josefa, adelantó gestiones para lograr el matrimonio de su hija, pero no lo consiguió. Por esta causa surgió grave enemistad entre la familia Merchán y la de Silva, que comprendió también a los parientes de éste, entre los que se encontraba Jenaro Cabrera Numpe, cuñado de Angel María.

Días antes de los sucesos que narra el proceso, Jenaro y Melitón sostuvieron algunas discusiones por tal motivo, hasta que el 28 de noviembre de 1948, en las horas de la tarde, Jenaro encontró a Melitón y a sus familiares en el paraje denominado "Patibolas", fracción de Tinaga, en el Municipio de Cerrito. Con ocasión de ese encuentro casual entre aquellos hombres se cruzaron palabras ofensivas, a consecuencia de las cuales llegaron hasta las vías de hecho, como el mismo procesado lo afirma. En el curso de la riña, Jenaro, desde un "cimiento" y en momentos en que Melitón intentaba cogerlo, lanzó a la cabeza de éste una piedra de unas tres libras de peso, que hizo impacto y causó a Melitón la fractura de hueso parietal, que le produjo la muerte momentos después.

Jenaro, una vez que vió herido a Melitón, emprendió la fuga y fue perseguido por Florencio Merchán, sobrino de Melitón. Cuando logró alcanzarlo, la emprendió a mordiscos y arañazos en la cara, a consecuencia de lo cual, quedó incapacitado por diez días, sin otro resultado.

Actuación procesal

El Juzgado Primero Superior de Bucaramanga llamó a responder en juicio, por el trámite del Jurado, a Jenaro Cabrera Numpe, por homicidio que se calificó como ocurrido en riña imprevista, al mismo tiempo que sobreseyó, en forma temporal, a favor de varias personas, entre ellas, Florencio Merchán, por las lesiones inferidas a Cabrera Numpe.

El Tribunal Superior de Bucaramanga, que por apelación conoció de esta providencia, estimó que Cabrera Numpe había dado muerte a Melitón Merchán sin que su acción ilícita estuviera modificada por ninguna circunstancia que la agravara o la atenuara de modo especial; y que Florencio Merchán había obrado, al herir a Jenaro, en estado de ira causada por grave e injusta provocación, consistente en el ataque mortal contra Melitón, tío de aquél, ocurrido momentos antes.

Reunido el tribunal de conciencia le fueron sometidos dos cuestionarios, por los delitos de homicidio y lesiones personales, en los siguientes términos:

Para el homicidio: "Cuestión única.

¿El acusado Genaro Cabrera Numpe es responsable de haberle ocasionado la muerte a consecuencia de las heridas de carácter traumático, cuyo número y demás circunstancias determinativas están descritas en la correspondiente diligencia de autopsia médico-legal, al señor **Melitón Merchán** y en su ejecución obró el procesado con el propósito de matar, hecho acaecido en las horas de la noche del veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en el punto denominado "Patibolas", de la fracción de Tinagá, del Municipio de Cerrito?".

A este cuestionario, respondió el Jurado, por unanimidad, "Sí, en riña imprevista y sin intención de matar".

Para las lesiones: "Cuestión única.

¿El procesado Florencio Merchán, es responsable de haber ocasionado a Genaro Cabrera Numpe, las lesiones cuyo número, características y demás circunstancias determinativas están descritas en la diligencia de reconocimiento médico-legal (fl. 21) y en las de los empíricos (f. 62) y en su ejecución obró el procesado con intención de herir, hecho acaecido en las primeras horas de la noche del veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y ocho, en el punto de "Patio-bolas", de la comprensión municipal del Cerrito?".

Respondió el Jurado:

"Sí, en momentos de justa ira e intenso dolor".

En desarrollo de estos veredictos, el señor Juez del conocimiento impuso al responsable del homicidio, teniendo en cuenta la respuesta del tribunal de hecho, la pena de dos años de presidio e incorporales anexas, considerando que la decisión del Jurado enmarcaba la calificación de un homicidio preterintencional cometido en riña imprevista.

A Merchán le impuso por el delito de lesiones, atenuadas por la excusa de provocación la pena de 20 días de arresto y las incorporales anexas.

No aceptó el Tribunal este criterio y con fundamento en doctrinas de la Corte, según las cuales la negativa por parte del Jurado del propósito de matar implica la desintegración del homicidio, absolvió a Cabrera Numpe, en la sentencia que es

materia del recurso de casación, interpuesto como ya se dijo, por el Agente del Ministerio Público del Tribunal fallador.

Tampoco aceptó la condenación de Merchán con base en el artículo 28 del Código Penal, y conforme al artículo 372, inciso 1º de la misma obra, modificó la pena impuesta por el inferior, elevándola a dos meses de arresto y multa de diez pesos.

Demanda

Como ya se expresó, fue presentada por el señor Procurador Delegado en lo Penal. Constituye ella un estudio completo sobre el tema jurídico planteado por el veredicto del Jurado con relación al homicidio y también sobre el problema que ofrece la solución equivocada que el Tribunal dió en lo concerniente a las lesiones, en la parte dispositiva de la sentencia, que aunque no es pertinente a la casación, es preciso buscarle alguna solución que se compadezca con la justicia.

La tesis central del libelo es que la sentencia recurrida no se ajusta a la ley, ya que el fallador de segundo grado desechó erróneamente el criterio que informó el fallo de primera instancia, que encontró en el veredicto la estructuración de un homicidio ultraintencional, cometido en las circunstancias de una riña imprevista.

Como fundamento de la impugnación sostiene que el fallo recurrido no está acorde con el veredicto del Jurado, ya que éste reconoció la responsabilidad de Cabrera Numpe como autor de un homicidio preterintencional. Por tanto, si el Tribunal llegó a absolverlo, desconoció la afirmación de los jueces populares, con violación de los artículos 28 y 29 de la ley 4ª de 1943 y del artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, y por la misma razón los textos 365 y 384 del estatuto represivo.

Sustenta que con base en el cuestionario propuesto a la consideración del Jurado, éste en su respuesta admitió que el procesado Cabrera ocasionó a Melitón Merchán las heridas de carácter traumático que produjeron la muerte del ofendido, pero sin intención de matar y en riña imprevista, siendo por lo tanto responsable ante la ley de esos actos y resultados. Concluye, en consecuencia, solicitando que la Corte case el fallo recurrido y en su lugar condene al reo de homicidio a la pena principal de dos años de presidio y a las accesorias de rigor legal, como autor de homicidio ultraintencional, en riña imprevista, y al mismo tiempo imponga a Florencio Merchán dos meses de arresto como responsable de las lesiones a Jenaro Cabrera Numpe, pero otorgándole el beneficio de la condena condicional por un período de prueba de dos años.

La Corte estudiará por separado cada una de las cuestiones que presenta la demanda del señor Procurador Delegado en lo Penal, siguiendo el mismo método lógico que emplea en la presentación de los motivos de impugnación contra la sentencia recurrida, es decir haciendo un solo capítulo en relación con las causas que sustenta sobre el doble punto de vista en que las analiza la demanda, o sea por el doble aspecto de disconformidad de la sentencia con el veredicto del Jurado, y violación de la ley penal sustantiva, con fundamento en las causales tercera y primera de la ley procesal.

Considera la Corte:

El fundamento inmediato de la sentencia y lo que constituye la norma que debe guiar al Juez en la imposición de las penas es el veredicto en los juicios que se siguen con la intervención de los jueces populares. Así lo predica el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, al ordenar que la sentencia se dicte de acuerdo con la calificación que el Jurado dá a los hechos sobre los cuales ha versado el debate. De manera que la pena o la absolución que sobre el caso recaiga, resulta correcta cuando la decisión del Juez de derecho guarda armonía con el auto de proceder y es a la vez producto de las afirmaciones del tribunal de conciencia reflejadas en el veredicto.

De conformidad con el artículo 28 de la ley 4ª de 1943 corresponde al Jurado calificar los hechos y determinar la responsabilidad. Al juzgador de derecho, en los juicios de que conoce el Jurado apenas le otorga la ley la facultad de calificar y apreciar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, siempre que no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito. En este último caso, tal atribución corresponde a los jueces populares, que deciden verdad sabida y buena fe guardada sobre todos aquellos elementos que comportan una calificación del hecho y que como tales significan algo que entraña o la modificación de la responsabilidad o la agravación de la misma por la existencia de una causal calificadora que agrava la infracción.

Con todo, la facultad conferida a los miembros del Jurado no es ilimitada. Sus límites legales no van más allá de los que señala el precepto contenido en el artículo 27 de la ley 4ª ya citada, por cuanto les compete "decidir con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado,

sin atender voz distinta a la de su personal conciencia y no hacerlo jamás sin la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga". Por lo mismo, cuando en ejercicio de esa facultad, los límites de la función que cumplen resultan rebasados, en forma que el veredicto en conciencia signifique notoria injusticia, porque la íntima convicción con que se produjo contrasta con la claridad de los elementos probatorios que demuestran lo contrario, la norma procesal autoriza para así declararlo, ya que la contraevidencia no implica nada distinto de que el Jurado cumplió su cometido en forma que sobrepasó el límite previsto en la ley, al cual debe sujetar su conducta el tribunal popular.

Cuando no es éste el caso, la sentencia que se dicte no puede tener contenido distinto del veredicto; en otros términos, tiene que ser el exacto y completo desarrollo de los términos en que éste está concebido, pues en manera alguna la ley le ha atribuído al fallador la facultad de sustraerse a las afirmaciones del Jurado, para buscar en ellas interpretaciones acomodaticias o sobre conjeturas e hipótesis hacerle decir nada distinto de lo que contienen sus términos. La misión del Juez no va más allá del acatamiento a esas decisiones, para buscar dentro de las normas legales sustantivas, la pena correspondiente que armonice con la responsabilidad admitida por el Jurado.

Es verdad que no siempre resulta tarea fácil desentrañar los términos del veredicto para acomodarlos dentro de la ley. En no pocas ocasiones las respuestas del Jurado se resienten de oscuridad o ambigüedad, susceptibles de producir cierta complejidad en el desarrollo de sus afirmaciones, por no estar éstas en consonancia con la forma realmente clara y nítida como debió responderse al cuestionario, no empleando más expresiones que las que corresponden a los hechos sobre que se les interroga, sin dar explicaciones distintas de las que sean necesarias para afirmar o negar la responsabilidad. Por ello, cuando el Jurado usa expresiones o explicaciones que se salen de estos cauces, es tarea del Juez buscar por los medios legales y sirviéndose de los elementos que le suministra el debate judicial que culminó con el veredicto, el alcance de éste y el contenido de sus cláusulas para acomodarlo a las normas de la ley.

De conformidad con las voces de la demanda, afirma el recurrente —Ministerio Público— que de las proposiciones del cuestionario y de la respuesta del Jurado, cuyo conjunto forma el veredicto, se llega a la conclusión que el Jurado aceptó los siguientes hechos:

a) Que el acusado Jenaro Caorera Numpe le ocasionó a Melitón Merchán heridas de carácter traumático;

b) Que dichas lesiones le causaron la muerte al ofendido;

c) Que Jenaro hirió a Merchán "sin intención de matar";

d) Que las lesiones mortales se las ocasionó "en riña imprevista"; y

e) Que el acusado es responsable de tales actos y resultados.

Según ésto, no se rompió la relación causal entre las heridas y la muerte; y si el Jurado se hubiese limitado a responder en forma simplemente afirmativa, no cabe duda que el contenido del veredicto no significa nada distinto de la aceptación por parte de aquel tribunal de un homicidio intencional. Mas al agregar la cláusula de que no hubo intención de matar, el propósito o elemento subjetivo que tipifica aquella especie de homicidio resultó excluído, desde luego que la carencia de este elemento, reconocida por el Jurado, constituye una desintegración de aquel tipo de homicidio consagrado en el artículo 362 del Código Penal, por faltar precisamente el dolo específico indispensable para configurarlo.

Sin embargo, no puede decidirse el problema con una afirmación tan simple, porque si bien se rechazó el propósito de matar, no por ello dejó de existir una actividad dolosa por parte del agente que es preciso establecer para encontrar el verdadero sentido jurídico del veredicto, en forma que se conjugue con la acción cumplida por el procesado, el resultado de la misma, y la modalidad o circunstancia modificadora, que el Jurado reconoció, en virtud de la cual no puede libertarse de responsabilidad a quien la ejecutó, porque el que obra de tal manera, necesariamente realiza un acto doloso merecedor de sanción.

En efecto, pregunta el recurrente, "¿qué clase de acción psíquica se le atribuyó al acto de Jenaro? ¿Qué finalidad tuvo éste al lanzarle la piedra a Merchán y producirle la muerte como consecuencia inmediata del golpe? ¿Fué un hecho fortuito? ¿Fué doloso? ¿Fué culposo? ¿O lo ejecutó con el simple ánimo de ocasionar una lesión personal?". Y contesta: "El interrogante lo resuelve el mismo veredicto al predicar que la acción delictuosa del acusado la llevó a término en una "riña imprevista". Y afirmado este hecho, ya se sabe con certeza que el agente obró con dolo, porque éste es propio de toda pelea constitutiva de riña".

Por consiguiente, si el Jurado reconoció que hu-

bo riña imprevista, la única que como modalidad atenuante consagra el Código, no puede decirse que la negativa del factor subjetivo o psíquico, que el Jurado rechazó, convierte el hecho en algo que escapa a la acción represiva de la ley, porque desintegró la figura del homicidio. En realidad este delito en su estructura intencional no tiene relevancia penal en orden a la pena, porque el veredicto fue claro al desconocerlo. ¿Pero sucede lo mismo con otra especie del mismo ilícito que se configura con la muerte que se dá a otro, con el propósito de perpetrar una lesión personal, en la cual el efecto querido por el agente pasa de tal manera que el resultado vá más allá de aquella intención?

Sin duda la negativa simple de la intención habría conducido a la mayor perplejidad para conocer el espíritu del veredicto y al desintegrarse por virtud de éste la figura, debido a la carencia de dolo específico, la resultante jurídica, frente a la ley, sería diferente.

Mas al predicar el veredicto el hecho de la riña fijó ya una pauta para aceptar un acto doloso que no puede escapar a la represión, desde luego que excluye lo fortuito del mismo y desconoce la culpa. Es, pues, el reconocimiento por parte del Jurado de la riña imprevista en que actuó el agente lo que implica la necesidad de escudriñar si tal como quedó concebida la decisión del tribunal popular puede integrarse dentro de la ley la figura de un homicidio preterintencional cometido en las circunstancias de una riña imprevista.

La riña es "un acometimiento recíproco, por vías de hecho, entre dos o más personas con la intención mutua de inferirse daño; es un cruce de golpes o violencias". De la anterior definición, que es unánime en la doctrina y en la jurisprudencia, se desprende esta premisa: no existe riña. sin que al mismo tiempo se admita que medió entre los protagonistas del encuentro o lance personal propósito determinado, el de pelear y por este medio inferirse daño recíproco.

La riña, por lo mismo que es una acción ilícita, especialmente cuando tiene el carácter de imprevista, única figura que en el estatuto represivo tiene relevancia penal, porque ya no existe, como sí sucedía en el Código de 1890, como delito per se, sino que es una circunstancia modificadora de la responsabilidad, implica la existencia de una lucha en que intervienen fuerzas opuestas que por medio de la violencia rechazan también la violencia de la contraparte. Se comprende así, por qué dicha figura es incompatible con la legítima defensa. Quien ejercita el derecho de defenderse legítimamente no obra sino en circunstancias de tal naturaleza que imposibilitan otro medio cualquiera de impedir la realización de un grave daño, que amenaza a quien hace uso de aquel derecho, en virtud del cual actúa en cumplimiento de un deber y su intención no va más allá de evitar ese daño, a cuyo efecto hace uso de los medios que considera más adecuados para repeler el injusto ataque de que es víctima. Por el contrario, quien acepta una riña, y en tal sentido esgrime una arma, por el solo hecho de hacerlo está indicando que no puede pretender colocarse en las condiciones de atacado y menos en las circunstancias que perfilan los presupuestos legales que configuran la legítima defensa, o sea, inminencia del peligro o necesidad de la defensa, actualidad de aquél, injusticia y proporcionalidad, todos los cuales no se encuentran en el caso de la riña, cuya existencia por sí sola implica el interés de los adversarios en causarse recíproco daño y producir determinados efectos, que se traducen en una intención francamente antisocial y por lo mismo dolosa.

En cambio, la riña imprevista es compatible con otras especies de homicidio que le dan a este delito una modalidad específica. Nada se opone a que mediando una riña imprevista se cometa un homicidio preterintencional. Puede darse el caso, y el de autos es un claro ejemplo al respecto, que quien sostiene con otro un altercado o pelea dirija contra su adversario un golpe sólo con el propósito de causarle un daño en el cuerpo o en la salud, y a consecuencia de ello se produzca un resultado que sobrepase aquel propósito. El mismo texto legal que consagra el homicidio surgido de riña imprevista admite la figura, puesto que el precepto que contiene no se refiere a una clase especial de homicidio, sino que lo hace extensivo a los delitos contra la vida y la integridad personal, en sus especies de homicidio y lesiones personales, únicamente.

Dice el artículo 384 del Código Penal: "Cuando el homicidio o las lesiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto, las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad". Luego es menester concluír que al hacer referencia este precepto al delito de homicidio de un modo general, es porque también comprende al homicidio ultraintencional, ya que al introducir en él una circunstancia modificadora de la responsabilidad que se traduce en una disminución de la pena en la proporción que el texto señala, concretamente se remite a los delitos con-

tenidos en los capítulos anteriores, y como en el primero de ellos está consagrado el homicidio preterintencional —artículo 365— resulta cierto que la atenuante incide sobre aquella categoría de homicidio, así como también sobre las demás especies allí contempladas en donde esté presente un acto intencional.

Comparte la Corte la apreciación del recurrente, en el sentido de que el Jurado afirmó una acción dolosa, y no por culpa o fortuita, en el hecho de arrojar Jenaro la piedra contra su contendor.

De allí que pregunte: "¿En qué radicó ese dolo? ¿En la intención de herir o en el propósito de matar?" Y responda: "No en este último, porque el veredicto expresamente lo rechazó. Luego sólo queda en pie el otro extremo del dilema: el ánimo de causar una lesión personal. Esto en virtud de que, como queda ampliamente explicado, quien dá golpes en el curso de una riña lo hace con conciencia y voluntad de ocasionar un mal al contrincante y ese ataque no tiene sino dos finalidades, atendidas las relaciones necesarias de las cosas: o producir un daño en el cuerpo o en la salud del enemigo (lesiones personales), o privarlo de la vida (homicidio). En ambas hipótesis, como es obvio, hay representación del resultado y deseo de producirlo contra derecho. Si en el primer evento la acción culmina en homicidio, el dolo será indirecto, porque sobrepasó el propósito del agente; y en el segundo evento, el dolo será directo porque hay equivalencia perfecta entre lo que quiso el delincuente y el daño que alcanzó.

'En resumen, en la riña hay siempre un dolo mínimo de producir un perjuicio en el cuerpo o en la salud de la parte contraria; y cuando de esa pelea resulta un homicidio, el problema atinente al dolo del autor queda circunscrito a la intención de herir, o al propósito de matar. No hay más alternativa. Las pruebas del proceso y el veredicto, en su caso, darán la clave para decidir cuál fue el fin inmediato que guió la mano del homicida.

"En síntesis —concluye— si en el presente asunto los jurados afirmaron la responsabilidad de Cabrera como autor del homicidio, sin el propósito de matar; si admitieron también que el acusado consumó ese delito en una riña imprevista; si es de la esencia de ésta el cambio de golpes con la intención de dañar al contrincante; y si todo ataque de hecho a las personas es susceptible de afectarles el cuerpo o la salud, es soberanamente claro que la acción de Cabrera, al agredir con la piedra a Merchán, tuvo un contenido doloso que se tradujo en la intención de herir. Y entonces la muerte de la víctima superó el propósito del agente, y eso constituye un homicidio preterintencional, conforme a las voces del veredicto".

Una de las fuentes de interpretación del veredicto, que impide toda deducción hipotética, peligrosa en estos casos, la constituye el conocimiento de la forma como se desarrolló el debate en las distintas etapas que éste tuvo, por medio de las piezas del proceso, de sus elementos probatorios y en la vista oral del juicio, porque en todas ellas y en las alegaciones de las partes puede encontrarse un criterio cierto a fin de desentrañar el contenido del veredicto, sin sujeción a otro espíritu que el que traza el proceso mismo.

Siguiendo esta pauta, es manifiesto, como lo observa el recurrente, que tanto en la audiencia pública, como en el auto de proceder y en la propia indagatoria del procesado se presentaron al debate judicial las modalidades del homicidio y resalta que éste fue cumplido en circunstancias de riña imprevista, a tal extremo que su calificación no podía apartarse de este concepto, el mismo que tuvo en cuenta el Jurado para formular el veredicto.

En efecto, en el auto de proceder de primera instancia se imputó a Cabrera el homicidio en la persona de Merchán como ejecutado "en el curso de una riña, que fue imprevista para el sindicado, pues él no fue el provocador". Si es verdad que el Tribunal, al subir los autos en apelación del enjuiciamiento, no aceptó el mismo criterio del inferior en lo tocante con la riña, tampoco puede desconocerse que el Juez de conciencia otorgó a este aspecto del debate su aquiescencia, desde luego que su respuesta al cuestionario implica que entre las distintas tesis mantenidas a través del proceso, se inclinó a considerar que la modalidad de la riña imprevista sí debía jugar algún papel en el sentido de atemperar la responsabilidad de Cabrera, porque las condiciones en que el hecho se cumplió manifestaban esa modalidad. El veredicto no admite la menor duda al respecto.

En la audiencia pública, francamente se planteó por el Agente del Ministerio Público la riña imprevista con que procediera Cabrera. Dicho funcionario sostuvo la tesis de que "el homicidio de Melitón Merchán se cometió en una riña imprevista". Dió como razón de ello que "hubo cambio de agresiones y ánimo de pelear", criterio éste que según las voces del veredicto hizo efecto en los jueces populares, pues allí consignaron la ocurrencia de la riña en la realización del homicidio, lo cual demuestra que el concepto del representante de la sociedad en el debate judicial fue muy

tenido en cuenta, como que él determinó que se acogiera esa circunstancia modificadora de la responsabilidad de Cabrera.

Este mismo no negó en su indagatoria que se empeñara en riña con su ocasional contendor Merchán, al encontrarse coincidencialmente con éste, mediando serios antecedentes entre las dos familias por causa de las relaciones sexuales entre Angel María Silva, cuñado del homicida y una hija del occiso.

Así se expresó Jenaro en esa diligencia:

"Dando yo al punto de "Patibolas" me encontré con los Merchán; Melitón, Félix, Pedro, Florencio, Andrés, Rosario y Sacarías Merchán. Ay mesmo me la rascaron, la pelea; antón (sic) nos prendíamos a la pelea y me tumbaron al suelo y me agarraron a muela en la cara. (El suscrito Secretario deja constancia que el indagado presenta varias heridas en la cara y el pabellón de la oreja izquierda). Antón yo levanté una piedra y se la puse a uno yo no me dí cuenta a quen (sic)....

"Preguntado. ¿Usted quiere decirme con qué intención tiró usted la piedra en la noche de los acontecimientos, si con intención de herir o dar muerte a alguien? Contestó: "con intención de herir a uno de los que me atacaban".

Este relato confunde las distintas etapas en que se cumplió el delito, porque de las pruebas allegadas al proceso se establece que primero ocurrió la riña entre Jenaro y Melitón, en la cual éste resultó mortalmente lesionado con arma contundente; y a consecuencia de ello, y como reacción, Florencio Merchán arremetió contra el heridor de su tío a quien causó algunas leriones con las uñas y los dientes. Cabrera dá por sucedido todo en un mismo tiempo; pero no niega que se empeñó en su combate singular con uno de los Merchán, al que arrojó una piedra y ésto lo hizo con intención de herirlo. Es obvio que la espontánea manifestación del procesado debió obrar en el ánimo de los jueces de conciencia y la debieron tener en cuenta para el veredicto. Sus mismos términos indican que se aceptó en éste, tanto la modalidad de la riña, como que la intención del agente al golpear con la piedra fue causar un daño en la salud o en la persona de la víctima, pero no producirle la muerte, la que si se produjo fue porque el efecto sobrepasó la intención, con un resultado superior al que se quería producir.

Así las cosas, la causal tercera de casación es viable, porque todo lleva a concluír que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto, desacuerdo que se patentiza en la negativa por parte del Tribunal de instancia en atender a sus cláusulas, para intentar una explicación distinta que no se conjuga ni con su contenido mismo y con los antecedentes todos que revela el proceso y que fueron objeto de discusión o debate a través de la secuela del juicio penal.

No puede pretenderse esta decisión en contradicción con otras adoptadas por esta misma Sala. Necesario es afirmar que la jurisprudencia penal no puede ser tomada al pie de la letra para todos los casos en donde se presente un probema semejante, sin que se tengan en cuenta otros aspectos del asunto, que la doctrina no puede recoger sino para la decisión o fallo del caso sub-judice, pero que no es posible extender a todos los que puedan surgir sobre las mismas tesis, aunque sean bien diferentes las modalidades que presente cada caso delictuoso.

El Tribunal de instancia al fallar este proceso invocó varias decisiones de la Corte y con base en ellas dictó la sentencia que es motivo del recurso, porque el señor Agente del Ministerio Público hizo uso de las atribuciones que le confiere la ley para buscar que el error en que hubiere podido incurrir el sentenciador, fuera enmendado.

No va la Sala a referirse concretamente a este aspecto de la cuestión, porque con su acostumbrada pericia el señor Procurador Delegado en lo Penal, lo hace en la demanda que es objeto de decisión. Apenas considera necesario agregar que el problema planteado es aquí distinto a los que se contraen las jurisprudencias que el Tribunal fallador cita en apoyo de sus conclusiones, y, además, que en esas mismas doctrinas, como lo demuestra sin dubitación el recurrente, se dejaron abiertas todas las posibilidades para que los casos con diferente modalidad fueran resueltos conforme su estructuración permitiera encajar el contenido mismo de la doctrina en esas diferentes maneras o modalidades que presentara el proceso y la decisión del Tribunal popular. Pretender unificar todas esas formas y decisiones en un común denominador para declarar siempre que la negativa del propósito por el Jurado desintegra la figura del homicidio porque rompe el vínculo psico-físico de causalidad entre la acción y el resultado y por éso la absolución se impone, resulta reñido con la justicia y con la teoría de la defensa social. Si en verdad los principios de la exégesis penal pueden conducir a aquel objetivo, cuando se les aplica indiscriminadamente, ello no ocurre así cuando en cada caso la doctrina se forma de conformidad con las modalidades que son propias a cada infracción. Todo delito es específicamente diferente de otro de la misma clase en lo relativo

a las circunstancias de su comisión; lo mismo que son muchas veces distintas las formas como el Tribunal popular dá respuesta al cuestionario que se somete a su decisión. Tratar de resolver casos diversos y aún veredictos distintos con un idéntico criterio jurídico no se compadece con una sana política criminal, que debe ver en las distintas formas con que el hombre actúa y como el Jurado decide otros tantos hechos y aspectos distintos, cada uno para resolver dentro de sus propias modalidades y circunstancias.

Tan evidente es lo anterior que aún juzgado el caso con sujeción a la primitiva doctrina que la Corte adoptó sobre este tema, no habría objeción alguna que hacerle a la tesis de la demanda en el sentido de que la negativa del propósito no destruyó la figura del homicidio, porque esa negativa quedó explicada en el propio veredicto, cuando se aceptó la concurrencia de la riña imprevista en el hecho. Como algún ánimo debió tener el agente al consumar el acto, aunque el dolo para matar fuera desconocido por el Jurado, subsistió el dolo para herir, porque la riña aceptada en el veredicto contiene elementos subjetivos que revelan un propósito determinado, que al aparecer en el hecho transforman el ilícito en una figura especial, constituída por un homicidio preterintencional en riña imprevista, que como se dejó comprobado, es perfectamente aceptable dentro de la estructura del estatuto penal vigente.

Dijo entonces esta Sala con referencia a los cuestionarios múltiples que ordenaba el Código procesal penal y que luego fueron sustituídos por el cuestionario único, al tenor del artículo 28 de la ley 4ª de 1943, que reformó aquel Código, que dentro de tal sistema "suele ocurrir que además de los dos cuestionarios se proponga al Jurado otros, por ejemplo sobre riña, estado de ira o intenso dolor, etc; en ese caso la respuesta negativa del segundo cuestionario (se refiere al propósito de matar) no implica la absolución si el primero y los demás se han contestado afirmativamente, porque el conjunto de esas afirmaciones está indicando que el Jurado no niega por completo el nexo de causalidad moral entre la acción y el resultado; y entonces el Juez de derecho tiene una clave de interpretación del veredicto y puede emitir sentencia aplicando la correspondiente disposición penal, verbigracia, la que contempla el homicidio cometido en estado de ira o intenso dolor".

En esta misma doctrina claramente se establece que "únicamente cuando el Jurado contesta (dentro del sistema de cuestionarios múltiples, se entiende) afirmativamente el primer cuestionario y **negativamente,** todos los demás, no hay base segura para condenar porque las diferentes modalidades del homicidio son igualmente probables y entonces resulta arbitrario optar por una de ellas".

Por donde se comprende que la hipótesis resuelta por la Corte en el fallo transcrito y en otros en donde se siguió igual doctrina, por la identidad del problema jurídico, de conformidad con los veredictos, exige como presupuesto sine qua non que el Jurado no admita sino el hecho material y niegue todas las demás hipótesis contenidas dentro del cuestionario múltiple para ser decididas en conciencia. En cambio, como en el proceso a estudio no hay identidad de materia con la que fue motivo de decisión jurisprudencial, resulta irrefutable esta parte de la demanda.

"En el caso **sub judice** —dice— aunque no se sometieron al Jurado distintos cuestionarios, sino uno solo, conforme al artículo 28 de la ley 4ª de 1943, con todo, lo sustancial de la anterior jurisprudencia está en firme, porque los jueces de hecho reconocieron la responsabiliad de Cabrera como autor de un homicidio, y no sólo ésto, sino que agregaron por su cuenta la circunstancia específica de la riña imprevista, que le dá al Juez "la clave de interpretación del veredicto" para saber que el tribunal popular no negó "por completo el nexo de causalidad moral entre la acción y el resultado", sino que, por el contrario, al admitir la riña, dió por existente un dolo indirecto o ultraintencional en la acción psíquica del procesado, y así las cosas, el Juez "puede emitir sentencia condenatoria aplicando la correspondiente disposición penal", que no es otra que la del artículo 365, en armonía con el 384".

Por todo lo dicho resulta como conclusión que los motivos de impugnación fundados en las causales tercera y primera de casación, están justificados. En consecuencia, debe prosperar el recurso, en lo que hace al delito de homicidio porque se juzgó a Jenaro Cabrera Numpe.

Invoca la Procuraduría por otro aspecto la causal tercera por cuanto —afirma— la sentencia **también está en desacuerdo con el** veredicto del Jurado en lo concerniente al delito de lesiones personales atribuídas a Florencio Merchán y de las cuales resultó víctima el homicida Cabrera

La sustenta así el recurrente:

Quien hirió a Jenaro Cabrera Numpe fué Florencio Merchán y por ese hecho se le llamó a responder en juicio, según auto de 26 de agosto de

1949 dictado por el Tribunal, delito acerca del cual, se interrogó al Jurado, quien respondió al cuestionario que sí era responsable el procesado Florencio Merchán "en momentos de justa ira e intenso dolor", por lo cual el Juzgado condenó a éste a veinte días de arresto, deduciéndole la circunstancia modificadora del estado de provocación, en los términos del artículo 28 del Código Penal; pero que el Tribunal concluyó que la adición dada por el Jurado no constituía la atenuante específica citada, sino la general a que alude el artículo 38, numeral 3º de la misma obra y modificó la pena elevándola a dos meses de arresto, apreciación que es correcta conforme a reiterada doctrina de la Corte acerca de la inadmisibilidad de la excusa de provocación cuando el veredicto es deficiente en sus términos y no expresa todos los hechos o elementos que la integran, como ocurre aquí.

Mas, el cargo lo hace la Procuraduría por razón distinta, que consiste en que el Tribunal, aun cuando claramente alude a Florencio Merchán como autor de las lesiones a Cabrera, en la parte resolutiva falló cosa distinta, ya que condenó a Melitón Merchán y por consiguiente quien resultó condenado en definitiva fue el occiso y no Florencio Merchán, que es el verdadero responsable de las lesiones, lo que entraña equivocación no subsanable con una simple aclaración, y como tampoco se trata de error aritmético ya que no se refiere a cantidad numérica alguna, sino a un punto de fondo, como es la condena de una persona que no ha sido declarada responsable de la cuestionada infracción, "el único medio —afirma— que queda para restablecer el derecho, es el de la casación con base en la causal tercera", en virtud de lo cual solicita se case el fallo y por este aspecto se condene a Florencio Merchán como responsable de las lesiones personales causadas a Jenaro Cabrera Numpe, concediendo la condena condicional.

Tiene plena razón el recurrente, desde luego que está claro el error en que incurrió el Tribunal sentenciador al condenar a persona distinta del que verdaderamente infringió la ley penal y por cierto señalando como sujeto pasivo de las lesiones a aquella que resultó víctima del homicidio, error que no puede corregirse sino teniendo la sentencia que tal cosa hizo en desacuerdo con el veredicto, porque es inobjetable que según el cuestionario propuesto al Jurado, en otro lugar reproducido, quien fué declarado responsable de las lesiones a Cabrera no fue otro que Florencio Merchán y no Melitón del mismo apellido, porque éste resultó muerto en el encuentro con Cabrera.

Así las cosas, la decisión del recurso no puede ser distinta de la que solicita el recurrente. En realidad de verdad establecido que prosperan las causales tercera y primera en lo que respecta al delito de homicidio, es el caso de dar aplicación al artículo 570, ordinal a), del Código de Procedimiento Penal, invalidando el fallo de instancia, para dictar el que debe reemplazarlo.

Como la pena básica señalada para el homicidio es la del artículo 362 del Código Penal, esto es ocho años de presidio, y el artículo 365 de la misma obra autoriza una reducción hasta la mitad para el homicidio preterintencional, la penalidad imponible sería de cuatro años si también éstos no fueran susceptibles de otra disminución por el concepto de riña imprevista, de conformidad con el artículo 384. Como la reducción autorizada por este artículo puede ir también hasta otra mitad, resulta que la sanción que debe imponerse al reo Cabrera Numpe es la de dos años de presidio, adoptando el mínimo para el cómputo, por cuanto no presenta circunstancia alguna de peligrosidad que haga necesario elevar dicho mínimo ni existe tampoco ninguno de los factores de que trata el artículo 36 del estatuto represivo.

La pena para el reo de lesiones personales Florencio Merchán no puede ser distinta de la impuesta en el fallo de instancia, toda vez que la adición del Jurado al explicar la causa determinante del hecho no autoriza a situar la responsabilidad dentro de la atenuación contemplada en el artículo 28, toda vez que es inadmisible esta excusa de provocación, desde luego que el veredicto es deficiente en sus términos, por no expresar todos los elementos que integran esa figura de la ley penal. La condena condicional no debe modificarse, porque los requisitos para tal beneficio los reúne el procesado superabundantemente.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia que ha sido materia del recurso interpuesto por el señor Agente del Ministerio Público y en su lugar.

RESUELVE:

1º Condenar, como en efecto condena, a **Jenaro Cabrera Numpe** a la pena principal de dos años de presidio, como responsable del delito de homicidio en la persona de Melitón Merchán, pena que pagará en el establecimiento carcelario que desig-

ne el Gobierno, con deducción del tiempo que hubiere permanecido en detención preventiva. La pena principal impuesta lleva las siguientes accesorias: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad, si la tuviere, y la publicación especial de esta sentencia.

2º Condenar a **Florencio Merchán** a la pena principal de dos meses de arresto, como responsable del delito de lesiones en la persona de Jenaro Cabrera Numpe, la que pagará en el establecimiento carcelario que designe el Gobierno, junto con la pena de multa que se señala en la cuantía de diez pesos moneda legal a favor del Tesoro Nacional.

3º Otorgar a Florencio Merchán el beneficio de la condena condicional por un período de prueba de dos años, quedando sometido a las exigencias de la ley sobre el particular.

4º Condenar en abstracto a **Jenaro Cabrera Numpe** a pagar los perjuicios civiles causados con el delito.

5º Condenar en abstracto a **Florencio Merchán** a pagar a Jenaro Cabrera Numpe el valor de los perjuicios civiles causados con el delito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVINO EL JURADO, NO ES PROCEDENTE IMPUGNAR EN CASACION LA SENTENCIA CON BASE EN LA PRIMERA PARTE DE LA CAUSAL 3ª DEL ARTICULO 567, ES DECIR, POR NO ESTAR EN CONSONANCIA CON LOS CARGOS FORMULADOS EN EL AUTO DE PROCEDER

1. — La imputación de circunstancias de mayor peligrosidad requiere, es cierto, conforme a la doctrina, la prueba plena de su existencia, pero su impugnación ante la Corte requiere igualmente se las señale y analice: el hecho escueto y empírico, de su enunciación, inhibe a la Corte de considerarla.

2.—Según la jurisprudencia, la parte primera de la causal tercera de casación, no es aplicable a los juicios en que ha intervenido el jurado, ya que en ellos, por imperio de la ley procesal (art. 480), la sentencia no puede dictarse opuestamente a la calificación que de los hechos hizo el jurado, y la infracción de esa norma —ésa sí— fundaría la causal tercera de casación en su parte final.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Francisco Bruno)

Vistos:

Manuel S. Arroyave impugnó —mediante representante especial— la sentencia del Tribunal Superior de Medellín del once de septiembre del año pasado, por la cual —con aplicación de los arts. 19, 36 y 233 del estatuto penal— fue condenado a la pena de cuatro años de presidio por el delito de falsedad en documento público, cometido el día diez de septiembre de mil novecientos treinta y nueve.

Sometido que ha sido el recurso a las normas procesales pertinentes, la Corte lo decide en el presente fallo.

A) El proceso

Este proceso tuvo origen en la cancelación que, de una obligación hipotecaria a cargo de Arroyave, se hizo sin la intervención del acreedor, según se explica en seguida. Nicanor Velásquez vendió a Manuel S. Arroyave, el 19 de noviembre de 1938, unos lotes situados en el Municipio de Entrerríos por la suma de tres mil pesos, contrato que aquel día se perfeccionó mediante escritura pública número 2583 otorgada en la Notaría 4ª de Medellín. Como el comprador quedara debiendo dos mil pesos, hipotecó los mismos bienes para garantizar su pago en el plazo de un año contado desde el día ya mencionado.

En el 10 de septiembre de 1939, fue cancelada la hipoteca, mediante la Escritura número 401, otorgada ante el Notario de Santa Rosa, cancelación hecha sin la intervención del acreedor.

Iniciado y realizado el proceso, en él se dictaron y realizaron las providencias y actos —respectivamente— que en seguida se resumen:

a) Auto del 31 de enero de 1944 por el cual fueron llamados a juicio: Miguel Arroyave, por "haber suplantado la persona del acreedor hipotecario Nicanor Velásquez y fingido la firma de éste en las escrituras de cancelación de la hipoteca", y Manuel S. Arroyave, por "haber concebido, ideado y planeado inicialmente el delito, determinado a Miguel a ejecutarlo materialmente y prestado a éste un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse el ilícito";

b) Cuestionarios propuestos al Jurado, en los que se incluyeron textualmente los anteriores cargos, los cuales fueron contestados negativamente el relativo a Miguel Arroyave y afirmativamente el relativo a Manuel S. Arrovaye;

c) Sentencia de primer grado, mediante la cual Miguel Arroyave fue absuelto, y Manuel S. Arroyave condenado a cuatro años de presidio y al pago de dos mil ochocientos cuarenta pesos, a título de perjuicios, a Nicanor Velásquez; y

d) Sentencia de segundo grado, por la cual se confirmó —sin modificación alguna— la de primer grado.

B) El recurso

Tres causales propuso el representante de Arroyave en el escrito que, a título de demanda,

envió a la Corte: la primera, porque se le imputaron circunstancias de peligrosidad no acreditadas en el proceso; la tercera, por cuanto —dice— "La sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder", y la cuarta, porque hubo error en cuanto al nombramiento del autor material del delito.

Como cuestión subsidiaria, solicita el recurrente se declare que la acción penal se halla ya prescrita.

No obstante que la demanda adolece de las condiciones de fondo y de forma que la ley señala, la Sala hace las siguientes observaciones al escrito del recurrente:

a) La imputación de circunstancias de mayor peligrosidad requiere, es cierto, conforme a la doctrina, la prueba plena de su existencia, pero su impugnación ante la Corte requiere igualmente se las señale y analice; el hecho escueto y empírico, de su enunciación, inhibe a la Corte de considerarla;

b) La parte primera de la causal tercera —según la jurisprudencia— no es aplicable a los juicios en que ha intervenido el jurado, ya que en ellos, por imperio de la ley procesal (art. 480), la sentencia no puede dictarse opuestamente a la calificación que de los hechos hizo el jurado, y la infracción de esa norma —ésa sí— fundaría la causal tercera de casación en su parte final;

c) La nulidad determinada en la ley citada (art. 198 Numeral 8º) se refiere al error en el nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido, y no al relativo a otra persona, menos a la absuelta como autor material, que es el caso; y

d) La prescripción de la acción penal se interrumpe, legalmente, mediante el auto de proceder; así, pues, si la infracción fue situada en el art. 233 de la ley penal y aquel auto se dictó el treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, el evento extintivo aún no se ha cumplido.

El recurso, por cuanto las causales invocadas no se justifican, debe —pues —desecharse.

La Sala advierte, finalmente, que la intervención de uno de los miembros de la Sala (doctor Vásquez) en este proceso, no implica el concepto que hubiera podido impedirle integrarla para la decisión del recurso.

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 señor Procurador Delegado NO CASA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín por la cual condenó a Manuel S. Arroyave por el delito de falsedad en instrumentos públicos.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE DIRIME UNA COLISION DE COMPETENCIAS.—CARACTERISTICAS DEL DELITO DE ASOCIACION PARA DELINQUIR

La sanción del hecho contemplado en el artículo 208 del Código Penal, constituye una de las excepciones a los principios generales, según los cuales no deben reprimirse los actos preparatorios de los delitos, pero dada la gravedad de éstos en ciertos casos, como ocurre en la asociación ilícita, se tienen como delictuosos y se sancionan por el solo hecho de ser miembros de la misma.

Lo que las legislaciones tienen en cuenta en esa clase de actos preparatorios, es la potencialidad criminosa que encierran, la alarma colectiva que suscitan y, por eso, el delito se consuma al formarse la asociación criminosa.

Las normas positivas consideran el delito en mención, como una entidad delictiva autónoma y, por eso, es en sí mismo independiente de los hechos que puedan cometer quienes hagan parte de la agrupación criminosa, es decir, que ésta puede tener existencia y ser sancionada, aunque no se hayan llevado a cabo los propios efectos de la misma.

Según la norma que sanciona la asociación criminosa, ésta tiene caracteres propios, que la distinguen de los demás delitos: a) Tres o más personas. b) Agrupación con permanencia y mancomunidad. c) Organización o asociación en sí misma; y d) Objeto que persigue, o sea, el propósito de realizar delitos de cualquier naturaleza.

El primer requisito se refiere a la pluralidad de agentes activos de la infracción, que no pueden ser menos de tres.

La agrupación con mancomunidad y permanencia, dá la idea de una sociedad cuyos miembros están ligados entre sí con una responsabilidad que les es común y debe tener un carácte permanente, para diferenciarla de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales y transitorios.

En tercer lugar, entre los asociados debe haber una verdadera organización y jerarquía, es decir, que hay unos que mandan, y otros que obedecen.

Finalmente, cierra las características de dicho delito, la intención de realizar hechos criminosos previamente acordados.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez)

Vistos:

Este proceso se remite a la Corte, para que decida sobre la colisión de competencias, suscitada entre el Comando de la Tercera Brigada, con residencia en la ciudad de Cali, y el Juzgado Primero Superior de Buga, sobre el conocimiento del presente negocio en el que se han investigado los delitos de asociación para delinquir, homicidio, lesiones personales y robo.

El informativo se inició en la Alcaldía de la ciudad de Cartago el diez y ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y uno, con la finalidad de investigar los hechos delictuosos ocurridos en la fracción de "Coloradas", de la jurisdicción de la misma ciudad, en las horas de la noche del día veinticinco de abril de dicho año. De las pruebas recogidas en el proceso, aparece que en esta fecha se presentaron a la casa habitada por Aníbal Aranzazu, Rosa Gallego, Rosa María Aranzazu y un menor de nombre Barner, un grupo de sujetos en número no inferior a nueve, debidamente armados y exigieron de los dueños de la casa, les permitieran hacer una ronda o requisa, alegando tener el carácter de autoridad. Los dueños de la casa, ante la forma sorpresiva como se presentó el grupo de individuos y dado su número, no opusieron resistencia y dejaron requisar las habitaciones y que se llevaran cuantos objetos y utensilios hallaron a la mano, entre ellos una escopeta de fisto de propiedad de Aníbal. Terminada la ronda, el grupo de sujetos en mención, algunos de los cuales vestían prendas de las que usan los cuerpos armados del Estado, ordenaron a Aníbal Aranzazu que los siguiera, llevándolo debidamente custodiado para impedirle la fuga. En-

seguida se dirigieron a casa de Anacleto López, a quien también le exigieron la entrega de las armas y el dinero que tuviera y que en calidad de prisionero los acompañara, orden que no se cumplió, porque un hijo de López, manifestó que acompañaría a su padre a donde fuera llevado. De la casa de López, aquellos individuos se encaminaron a la de Juan de Dios Arango, quien se hallaba en compañía de su esposa María Encarnación López, de sus hijos y de los trabajadores Anselmo Peláez y Jesús M., entregados al sueño. En este lugar también asumieron el carácter de autoridad para que les permitieran entrar a la casa y cuando les abrieron las puertas, la requisaron minuciosamente, apoderándose de todos los objetos que encontraron, inclusive la suma de trescientos cincuenta pesos que Arango guardaba dentro de un guarniel y hecho ésto, exigieron a éste que los acompañara, dirigiéndose a un monte vecino, donde le dieron muerte asestándole varios machetazos, situación que aprovechó Aníbal Aranzazu para salir en huída y ponerse a salvo del peligro que corría su vida a manos de ese grupo de criminales.

En relación con el problema de la competencia para conocer de los hechos antes narrados, sostiene el Comando de la Tercera Brigada, en auto de fecha quince de septiembre pasado, que en el expediente sólo se destaca la comisión de los delitos de homicidio, lesiones personales y robo, pero no están acreditados los requisitos que integran el delito de asociación para delinquir, por lo que el expediente queda fuera de la órbita de la justicia militar, de acuerdo con el Decreto Ejecutivo Número 1534 de 1950 y el conocimiento de él, corresponde a la justicia ordinaria. En la misma providencia, advierte que si no se aceptan las razones expuestas, provoca competencia negativa, a fin de que el incidente sea resuelto por la Corte Suprema de Justicia.

El Juzgado Primero Superior de Buga, no acepta los puntos de vista del Comando de la Tercera Brigada. En extensa providencia de fecha diez de noviembre pasado, después de narrar los hechos investigados, de puntualizar las circunstancias en que se realizaron y relacionar las pruebas principales recogidas en la investigación, analiza la naturaleza jurídica del delito de asociación para delinquir y sus caracteres esenciales, llegando a la conclusión de que este ilícito se configura en el caso presente, y por lo tanto, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 3562 de 1949 y el artículo 2º del Decreto número 1534 de 1950, el conocimiento de este asunto corresponde a la Justicia Penal Militar, aceptando la colisión de competencias provocada y ordenando remitir el expediente a la Corte, para que resuelva lo que sea legal.

Se considera:

Nuestro Código Penal sanciona el delito de asociación para delinquir en el artículo 208, en el cual se lee:

"El que haga parte de una asociación o banda de tres o más personas, organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados, incurrirá en prisión de uno a tres años sin perjuicio de la sanción que le corresponda por los delitos que cometa".

La sanción del hecho contemplado en esta disposición, constituye una de las excepciones a los principios generales, según los cuales no deben reprimirse los actos preparatorios de los delitos, pero dada la gravedad de éstos en ciertos casos, como ocurre en la asociación ilícita, se tienen como delictuosos y se sancionan por el solo hecho de ser miembros de la misma.

Lo que las legislaciones tienen en cuenta en esa clase de actos preparatorios, es la potencialidad criminosa que encierran, la alarma colectiva que suscitan y por eso, el delito se consuma al formarse la asociación criminosa.

Las normas positivas consideran el delito en mención, como una entidad delictiva autónoma y por eso, es en sí mismo independiente de los hechos delictuosos que puedan cometer quienes hagan parte de la agrupación criminosa, es decir, que ésta puede tener existencia y ser sancionada, aunque no se hayan llevado a cabo los propios efectos de la misma.

Según la norma que sanciona la asociación criminosa, ésta tiene caracteres propios que la distinguen de los demás delitos: a) Tres o más personas. b) Agrupación con permanencia y mancomunidad. c) Organización o asociación en sí misma; y d) Objeto que persigue o sea, el propósito de realizar delitos de cualquier naturaleza.

El primer requisito se refiere a la pluralidad de agentes activos de la infracción, que no pueden ser menos de tres.

La agrupación con mancomunidad y permanencia, dá la idea de una sociedad cuyos miembros están ligados entre sí con una responsabilidad que les es común y debe tener un carácter permanente, para diferenciarla de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales y transitorios.

En tercer lugar, entre los asociados debe haber una verdadera organización y jerarquía, es decir, que hay unos que mandan y otros que obedecen.

Finalmente, cierra las características de dicho delito, la intención de realizar hechos criminosos previamente acordados.

En el caso que se estudia, no existe duda de ninguna especie acerca del primer elemento estructural del delito, pues según los elementos de juicio recogidos en la investigación, los autores de los hechos punibles eran en número de nueve.

En el testimonio de María Encarnación López v. de Arango (flio. 12 cuad. 1º), se dice que ésta oyó a uno de los criminales en los momentos en que realizaban el atentado contra su casa de habitación, que decía a otro: "no mi cabo, no tumben esa ventana". También Anacleto López (flio. 79 cuad. 1º), refiere que a su casa se presentó el mismo grupo de sujetos y cuando entraron a una de las habitaciones, uno de ellos dirigiéndose a otro, le dijo: "bueno mi cabo, dé órdenes" y el aludido contestó, que al que saliera afuera lo tumbara.

El conjunto de las pruebas de que consta el proceso, acredita de otro lado, que los sindicados se presentaron a las casas de las personas que fueron víctimas de los atentados contra su vida y contra su integridad personal y contra sus bienes, en circunstancias reveladoras de que previamente habían acordado la realización de los hechos que ejecutaron, de tal suerte, que puede decirse que sus actividades obedecían a un plan formado con antelación.

Quiere decir lo anterior, que el expediente suministra bases probatorias para aceptar que en el caso presente y en relación con el delito de asociación para delinquir, se reúnen los presupuestos de este delito, en lo concerniente a la pluralidad de sujetos activos, que eran más de tres; a la organización jerárquica de los mismos, y al propósito de realizar hechos criminosos previamente acordados.

No puede hacerse la misma afirmación, por insuficiencia de prueba, en lo tocante a que ese grupo de criminales formaran una asociación delictiva de carácter permanente.

El Juzgado Superior en la providencia ya citada, hace un gran esfuerzo para sostener que los procesados constituían una asociación criminosa de carácter permanente, aunque reconoce que es difícil el establecimiento de este elemento del delito, cuando no es confesado por los delincuentes, como en el caso presente. Los puntos de vista de tal funcionario, se fundan en la circunstancia de que fueron varios los atentados que realizaron en la misma noche y en que con posterioridad a los hechos investigados, los mismos individuos trataron de repetir estos hechos, y las víctimas tuvieron que abandonar la región.

La ley penal sustantiva exige de manera expresa que la asociación esté organizada con "el propósito permanente de cometer delitos", lo que indica que se trata de un requisito indispensable para su existencia como hecho punible, precisamente porque sin la comprobación de ese elemento, no habría bases ciertas para distinguirla de la simple sociedad criminal para cometer un delito determinado.

En las condiciones antes indicadas, por falta de medios probatorios suficientes, no hay un fundamento adecuado para sostener que los procesados cometieron el delito de asociación para delinquir y que el conocimiento del negocio corresponde a la justicia penal militar. Por eso, la Sala considera que no estando demostrado el delito de asociación para delinquir en todos sus elementos integrales, el conocimiento de este proceso corresponde a la justicia ordinaria.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide la colisión de competencias suscitada entre el Comando de la Tercera Brigada y el Juzgado Primero Superior de Buga, en el sentido de que es a este Juzgado, a quien corresponde conocer de este proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre—Luis Gutiérrez Jiménez—Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITO DE PREVARICATO

Es deber de los Tribunales velar por el exacto cumplimiento de las leyes que regulan el ejercicio de una profesión que exige competencia y versación en grado máximo (la de abogado). Este deber debe cumplirse con toda la serenidad que sea indispensable, para que la sociedad se defienda de quienes no reúnen los requisitos indispensables para tan delicada función. Sólo cuando el cumplimiento de esas obligaciones implique dañada intención por odio o afecto, o abuso de funciones, podrá existir ilícito por parte de los funcionarios públicos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre diez y ocho de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez)

Vistos:

Se adelantó este informativo a virtud de denuncio del señor Clímaco de J. Narváez Ch., contra los señores Magistrados del Tribunal Superior de Pasto. Perfeccionado en lo posible, se dispuso pasarlo al señor Procurador Delegado en lo Penal, quien es de parecer que debe aplicarse al caso lo dispuesto por el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

En el memorial del denunciante se hace el cargo a los señores Magistrados del delito de prevaricato consistente en haberle cancelado a Narváez Ch., sin razón ni derecho, la matrícula de abogado aceptado que le había conferido el mismo Tribunal.

De las diligencias practicadas resulta que el 3 de julio de 1931, el Tribunal Superior de Pasto resolvió otorgar licencia especial al denunciante para que pudiera ejercer la profesión de abogado, en calidad de aceptado, en la población de La Unión, lugar de su vecindad, con la advertencia que esa licencia "será transitoria y cancelada de hecho por establecerse en el mismo lugar, con carácter de permanente, dos o más abogados inscritos", de conformidad con el artículo 2º de la ley 21 de 1931. Se ordenó anotar la admisión en el registro correspondiente y se dispuso expedir el certificado a que se refiere el artículo 6º del Decreto Ejecutivo Nº 2399 de 1928.

A solicitud posterior del doctor Efrén Osejo Peña, el mismo Tribunal, por medio de Acuerdo del 4 de marzo de 1946, resolvió cancelar las licencias concedidas de conformidad con el artículo 2º de la ley 21 de 1931, a varios señores entre los cuales se encontraba Clímaco de J. Narváez Ch. y ordenó a la Secretaría de la corporación hiciera conocer ese Acuerdo a los respectivos Jueces de Circuito. Al mismo Tribunal se solicitó reposición de la medida y fue negada por Acuerdo Nº 30 del 22 de noviembre de 1946, actuación en la que intervinieron los Magistrados doctores Bolívar Chaves, Campo Elías Burbano, Peregrino Díaz Villota, José Eliseo Gómez Jurado, Luis Ponce Muriel, Horacio Rosero Caicedo y Luis Perdomo Torres (fl. 20).

Considera la Corte:

El Acto Legislativo Nº 1º de 1945 en su artículo 71 (hoy 40 de la Constitución), dispuso que "en adelante sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional" y que "Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sinembargo la ley establecerá excepciones".

De acuerdo con la ley 69 de 1945 que se dictó en desarrollo de aquel precepto constitucional, entre las excepciones a que el Acto Legislativo se refiere, incluyó "a las personas que con anterioridad al 16 de febrero de 1945, hayan sido recibidas como abogados de conformidad con las leyes 62 de 1928 y 21 de 1931", a cuyo efecto el artículo 13 de la ley 69 citada dispuso:

"Son nulas las inscripciones que los Tribunales Superiores hayan hecho a partir del día 16 de febrero de 1945, para matricular abogados no titulados. Los Tribunales procederán inmediatamente a cancelar dichas matrículas, y darán aviso a todos los Juzgados y Tribunales del país, para que éstos cancelen, asímismo, los registros que hayan hecho de tales matrículas", de donde claramente resulta que la ley 69 en cita dejó a salvo el ejercicio de la profesión a los abogados aceptados y matriculados antes del 16 de febrero de 1945, prohibición que no tocaba con el señor Narváez Ch. por cuanto fue matriculado el 3 de julio de 1931, y estaba amparado por el parágrafo del artículo de la misma ley 69.

Pero aún así, los Magistrados del Tribunal que tal cosa hicieron, no incurrieron en la infracción anotada por Narváez Ch. en el denuncio, toda vez que no aparece prueba de que su proceder se cumpliera con el propósito de inferir a éste un perjuicio o con la intención dolosa que tipifica el prevaricato. Y como los Magistrados, según aparece del expediente, obraron de buena fe, y en la certidumbre de que interpretaban acertadamente las disposiciones constitucionales y legales, tampoco se configura el delito de abuso de autoridad.

Dice a este respecto el señor Procurador Delegado:

"Con todo, los Magistrados que así lo hicieron no prevaricaron, porque hay en el proceso ausencia absoluta de prueba acerca de que tal actuación la realizaron con el perverso propósito de perjudicar al denunciante y movidos por una baja pasión de mal querencia hacia el mismo. El dolo específico del prevaricato —simpatía o animadversión— es inexistente, pues ni siquiera el señor Narváez lo aduce como fundamento de la denuncia.

"Tampoco cabe el delito de abuso de autoridad —que sería el pertinente (art. 171 C. P.)—, porque de autos resulta que los Magistrados obraron con absoluta buena fe, en la creencia de que interpretaban con acierto las disposiciones de la Carta y de la ley 69 de 1945; y el abuso a que se refiere el artículo 171 del estatuto represivo requiere un dolo genérico constituído por el ánimo de causar un daño a una persona o a sus bienes.

"Lo que hubo en el fondo fue una errada aplicación de la ley, y el error destruye el elemento subjetivo del abuso de autoridad".

En el presente caso, los autos pregonan que se dió una aplicación errada a la ley reglamentaria de la profesión de abogado; pero no hubo en ello intención dañada ni ánimo prevenido contra el denunciante, lo que excluye tanto el prevaricato, como el abuso de autoridad.

Es deber de los Tribunales velar por el exacto cumplimiento de las leyes que regulan el ejercicio de una profesión que exige competencia y versación en grado máximo. Este deber debe cumplirse con toda la serenidad que sea indispensable, para que la sociedad se defienda de quienes no reúnen los requisitos indispensables para tan delicada función. Sólo cuando el cumplimiento de esas obligaciones implique dañada intención por odio o afecto, o abuso de funciones, podría existir ilícito por parte de los funcionarios públicos.

Como en este caso nada indica que existan esas circunstancias, se impone la cesación de todo procedimiento porque está demostrado que los Magistrados del Tribunal Superior de Pasto sindicados en este proceso, no han cometido delito alguno.

Por tanto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el dictamen favorable del señor Procurador Delegado en lo Penal, declara que el delito de prevaricato que se atribuyó a los señores Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto doctores Bolívar Chaves, Campo Elías Burbano, Peregrino Díaz Villota, José Eliseo Gómez Jurado, Luis Ponce Muriel, Horacio Rosero Caicedo y Luis Perdomo Torres, no existió, como tampoco tuvo existencia el de abuso de autoridad previsto en el artículo 171 del Código Penal, y en consecuencia ordena cesar todo procedimiento contra los sindicados.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Francisco Bruno. — Alejandro Camacho Latorre.—Luis Gutiérrez Jiménez. — Angel Martín Vásquez.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER EN UNICA INSTANCIA DE CONTROVERSIAS SOBRE CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE LA NACION Y LOS PARTICULARES

El artículo 40 de la Ley 105 de 1931 y el numeral 8º del 40 del C. J. derogado contienen una misma doctrina. Vale decir que la Corte Suprema sólo tiene atribuciones de única instancia para conocer de las controversias que se susciten entre la Nación y los particulares sobre contratos celebrados con éstos. Mas no sobre controversias que se susciten en relación, más o menos lejana, con tales contratos. No basta, por tanto, que las controversias se refieran a dichos contratos, sino que es preciso que versen sobre ellos mismos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

En libelo de fecha 20 de junio del año en curso, libelo que consta de 489 folios y 500 hechos, el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, invocando su calidad de apoderado especial de **The Dorada Railway Company Limited,** sociedad inglesa domiciliada en Londres, que antes giraba con la razón social de The Dorada Extensión Railway Limited, y que se halla establecida en Honda (Tolima), promovió ante esta Sala juicio ordinario contra la Nación y los departamentos del Tolima, Caldas y Huila, para que se hicieran las declaraciones contenidas en los siguientes puntos:

Declaraciones principales

Primero.—Que no produce efectos la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1930, proferida en segunda instancia por esta misma Sala, en el juicio ordinario que el departamento del Tolima promovió contra The Dorada Extension Railway Limited (hoy The Dorada Railway Company Limited) ante el Tribunal Superior de Bogotá, por medio de la cual fue condenada dicha Compañía a pagar al Departamento demandante como participación del mismo en la explotación del Ferrocarril de la Dorada, la suma de cinco centavos por carga de ciento cincuenta kilogramos que se hubiera transportado por dicho Ferrocarril, en el lapso transcurrido desde el 9 de noviembre de 1923, fecha de la notificación de la demanda, con los intereses del 6% anual, a partir del 7 de octubre de 1923.

Segundo.—Que no produce efectos la sentencia dictada en el juicio que el Departamento del Tolima promovió contra The Dorada Railway Company Limited, ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que ésta le rindiese cuentas de la carga transportada en el ferrocarril de La Dorada, desde el 9 de noviembre de 1903 hasta el 9 de noviembre de 1923, con expresión del saldo líquido de la participación correspondiente al demandante en la explotación del ferrocarril de La Dorada, a razón de cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilos, y sobre los intereses causados por dicho saldo líquido, a la tasa del 6% anual, desde el 17 de octubre de 1923, juicio en el cual se decidió por esta misma Sala que lo debido en razón de tal participación era la cantidad de $ 467.190.99, con intereses del 6% anual desde el 17 de octubre de 1923 hasta el día del pago.

Tercero.—Que no produce efectos la sentencia dictada en el juicio que el Departamento del Tolima promovió contra The Dorada Railway Company Limited, ante el Tribunal Superior de Bogotá, para que ésta le rindiese cuentas de la carga transportada por el Ferrocarril de La Dorada desde el 10 de noviembre de 1923 hasta el día de la notificación de la demanda, con expresión del saldo líquido correspondiente al departamento demandante en la explotación del Ferrocarril, a razón de cinco centavos por cada carga de ciento

cincuenta kilogramos transportada, y sobre los intereses causados por dicho saldo, el 6% anual y desde el 3 de noviembre de 1933, juicio en el cual se condenó a la Compañía a rendir tales cuentas, por fallo que esta Sala confirmó con el suyo de 27 de febrero de 1939.

Cuarto.—Que por tanto debe cancelarse la inscripción hecha en el registro de instrumentos públicos y privados de cada una de las sentencias mencionadas.

El actor alega como fundamento de la declaración impetrada en los tres primeros puntos transcritos el hecho de "no haber intervenido" en los juicios dentro de los cuales se profirieron tales fallos "ni la Nación, ni el Departamento de Caldas, ni el Departamento del Tolima, ni el Departamento del Huila, entidades que habían de ser oídas en razón de los hechos en que la presente demanda se basa y de situaciones jurídicas preexistentes".

Además y para el caso de que no prosperara ninguna de las anteriores peticiones, el actor formula otras que designa con los nombres de subsidiarias de primero, segundo y tercer grado. Vale la pena transcribir las dos del primer grupo, porque su claro contexto precisa aún más el fundamento y alcance de las tres principales, dadas la íntima y estrecha conexión entre unas y otras. Su tenor es el siguiente:

"Peticiones subsidiarias de primer grado".

"...(A).—Que el contrato que se consignó en documento suscrito en Neiva el siete (7) de junio de mil ochocientos ochenta y uno (1881), entre el señor Secretario de Hacienda del Estado Soberano del Tolima y D. Francisco J. Cisneros, y que fue aprobado en esa misma fecha por el Poder Ejecutivo del Estado, no ha producido ni podido producir efectos.

"B.—Que en consecuencia no deben ser ejecutadas las decisiones a que se refieren los puntos Primero, Segundo y Tercero del precedente Parágrafo Primero".

En XIV títulos, la mayor parte subdivididos en varios capítulos, agrupó el demandante los hechos en que funda su demanda, los cuales arrancan del contrato celebrado el 13 de junio de 1879 entre el Secretario de Hacienda y Fomento doctor Luis Carlos Rico, debidamente autorizado por el Poder Ejecutivo, y el apoderado del Ferrocarril del Magdalena, sobre construcción de un puente a inmediaciones de la ciudad de Honda, y de un Ferrocarril entre un punto situado setecientos metros más arriba del Salto de Honda y el sitio denominado La Dorada; y terminan, después de una fatigante transcripción de contratos, Leyes, Decretos Ejecutivos, ordenanzas departamentales y, en fin, de documentos de toda índole, en el marcado con el número 500 en el cual se afirma que el Ferrocarril de La Dorada ocupa en determinado sector, territorio del Departamento de Caldas.

No sobra advertir que en esa prolija enumeración de hechos, no faltaron ni podían faltar las transcripciones de las varias demandas que dieron origen a los juicios cuyos fallos se atacan en las tres principales peticiones.

Finalmente, en cuanto al derecho el actor invocó disposiciones de la Constitución de Rionegro, de la de 1886, de la del Estado Soberano del Tolima, del Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca, del actual Código Civil, del Acto Legislativo número 7 de 1905, la Ley 1ª de 1908, el artículo 846 del anterior Código Judicial y el 474 del actual Código de Procedimiento.

Por auto de 1º de julio último, que fue consentido por el doctor Rodríguez Fonnegra, el suscrito se abstuvo de aceptar la representación en que decía obrar el mismo doctor, porque el poder a él conferido no lo había sido en la forma legal. Posteriormente, el representante de la Compañía, en memorial datado el 10 del mismo mes, manifestó no sólo que ratifica lo actuado sino también que faculta al doctor Rodríguez Fonnegra "para que represente a la citada Compañía en el juicio a que dicha demanda concierne".

Subsanado así el defecto que la Sala advirtiera en la personería adjetiva del señor abogado, débese resolver sobre la aceptación o rechazo de la demanda, cuestión estrechamente vinculada con la facultad que al tenor de las atribuciones conferidas por la ley, tiene esta misma Sala para conocer privativamente y en una sola instancia de todas las acciones acumuladas en el libelo de que se trata.

Claramente se advierte de la simple lectura de las tres principales peticiones arriba copiadas, que el fin perseguido con ellas es la declaración de nulidad de fallos proferidos contra la Compañía demandante, en juicios trabados con el Departamento del Tolima y de los cuales ha conocido el Tribunal Superior de Bogotá en primera instancia. Así lo entiende la Sala no sólo porque la simple declaración de que tales fallos no producen efectos apenas si podría ser consecuencia de una acción de nulidad, sino también porque el fundamento invocado por el actor respecto de cada una de las expresadas declaraciones, o sea, el hecho de no haber intervenido en los juicios den-

tro de los cuales se dictaron esos fallos ninguna de las entidades aquí demandadas, en el fondo no significa otra cosa que la alegación de la 3ª causal de nulidad establecida por el artículo 448 del C. Judicial.

Ahora bien, a folios 419 a 469 (hechos 418 a 478) del libelo se encuentra la relación de todos los antecedentes de los pleitos que el departamento del Tolima, ha venido sosteniendo con la Compañía representada ahora por el doctor Rodríguez Fonnegra.

De esta relación, fielmente extractada de los hechos alegados como fundamento de la presente demanda, aparece en síntesis lo siguiente:

1º Que el juicio fallado por la sentencia de 4 de noviembre de 1930, a la cual se contrae el punto Primero de las declaraciones principales, versó sobre los derechos emanados para el departamento del Tolima, sucesor del antiguo Estado Soberano del mismo nombre, del contrato que en el año de 1881 se celebró entre don Eugenio Castilla, Secretario de Hacienda de dicho Estado, y don Francisco J. Cisneros, contrato en cuya estipulación 4ª se convino reconocer a la entidad contratante, en compensación de las concesiones hechas al señor Cisneros o sus cesionarios, cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos de peso, de las que transitan por el ferrocarril (f. 56 v.), derecho que la sentencia de que se trata reconoció, pues la Compañía cesionaria fue condenada a pagar la participación convenida en el lapso transcurrido desde el 9 de noviembre de 1923, con los intereses legales a partir del 17 de octubre del mismo año; y

2º Que las sentencias a que se refieren las otras dos peticiones principales, se profirieron en los juicios que el departamento del Tolima adelantó contra la Compañía para que ésta le rindiera cuentas de la participación a cuyo pago había sido condenada aquélla en el primer fallo.

Por lo anteriormente expuesto, es forzoso concluír que ninguna de las declaraciones principales pedidas por el actor versa sobre derechos emanados de contratos celebrados por la Nación. En otros términos, no se trata de controversia alguna originada en estipulaciones contractuales que liguen a la Nación con la Compañía aquí demandante, ya sea directamente o a través de cualquier entidad o persona a quien la Nación misma haya traspasado sus derechos.

Esas declaraciones —como ya está dicho— tienden a obtener la nulidad de sentencias proferidas en juicios adelantados por el Departamento del Tolima contra la Compañía con base en un contrato celebrado entre ambas partes, juicios en los cuales no intervino la Nación. Y auncuando es precisamente esta última circunstancia la que se invoca en apoyo de la nulidad demandada, para efecto de la competencia de esta Sala y tratándose de negocios atribuídos a ella en primera y única instancia, no basta, en orden a la aplicación el art. 40 del C. Judicial, el hecho de que en los juicios expresados debió ser oída la Nación por la más o menos remota relación que pudiese tener alguno o algunos de los contratos celebrados por ella con la Compañía y el que fue materia del primero de los juicios, dentro del cual se dictó la sentencia a que se refiere la primera petición principal.

Sobre el particular ha dicho esta misma Sala, y ahora lo ratifica, lo que en seguida se transcribe:

"El artículo 40 de la Ley 105 de 1931 y el numeral 8º del 40 —C. J. derogado— contienen una misma doctrina. Vale decir que la Corte Suprema sólo tiene atribuciones de única instancia para conocer de las controversias que se susciten entre la Nación y los particulares sobre contratos celebrados con éstos, mas no sobre controversias que se susciten en relación, más o menos lejana, con tales contratos. No basta, por tanto, que las controversias se refieran a dichos contratos, sino que es preciso que versen sobre ellos mismos".

Lo dicho es suficiente para concluír que ninguna de las declaraciones principales encaja dentro del precepto contenido en el art. 40 del C. Judicial antes citado; y que, consecuencialmente, la Sala carece de competencia para conocer en única instancia de este negocio.

Por lo expuesto, este Despacho se abstiene de admitir la demanda presentada por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra como apoderado de The Dorada Railway Company Limited contra la Nación y otros.

Notifíquese.

Rafael Leiva Charry.—Luis Hernando Vargas,

Secretario.

NO SE REVOCA LA PROVIDENCIA ANTERIOR. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 5º DE LA LEY 20 DE 1923, SOBRE EL PAPEL SELLADO.—QUE DEBE ENTENDERSE POR ESPACIOS EN BLANCO EN LAS HOJAS DE ESTE PAPEL.—NO ES ADMISIBLE UNA DEMANDA QUE TRATE DE INTRODUCIR UN MEDIO DE IMPUGNACION DE SENTENCIAS EJECUTORIADAS NO PREVISTO POR LA LEY

1.—¿Cuando el artículo 5º de la Ley 20 de 1923 prohibe escribir en los ESPACIOS, habrá de entenderse que se trata de los ESPACIOS EN BLANCO previstos por disposición anterior? No lo entiende así la Corte, porque el artículo 5º no consagra claramente una excepción al artículo 3º, que establece que LAS LINEAS TRANSVERSALES SON PARA LA ESCRITURA. De esta suerte, cuando la ley prohibe escribir simplemente en los ESPACIOS, no puede referirse sino a los que quedan normalmente después de escribir sobre dichas líneas transversales. Pero como es natural, sin que ésto impida las entrerrenglonaduras que no se hayan podido evitar, las cuales deben salvarse conforme a disposiciones especiales.

2.—La Corte, para definir su propia competencia de única instancia, prevista de modo excepcional por el artículo 40 del C. J., no puede aceptar irreflexivamente cualquiera referencia a contratos celebrados por la Nación que se haga entre los hechos de la demanda. Es natural que en estos casos deba procederse con la debida prudencia, pero sin que pueda prescindirse de estudiar los hechos contractuales alegados, con el objeto de apreciar si son conducentes para los fines de la litis. De otra suerte, la competencia privativa de la Corte quedaría al arbitrito del propio demandante.

3. — Ciertamente no puede desconocerse que el demandante, por lo general, tiene plena libertad para formular las peticiones de su demanda; pero esa libertad no puede ir hasta el extremo de atentar contra las bases de la organización procesal, entre las cuales se establece que "la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquiera decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes". Como únicas excepciones a esta norma contenida en el artículo 473 del C. J., se expresa ahí mismo seguidamente: "Entiéndese ésto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".

Pero como es obvio que en el presente caso no se trata de ninguno de los medios de impugnación de sentencias en firme previstos por la disposición citada, mal podría admitirse una demanda que trata de introducir directamente un medio nuevo de impugnación, en contra de claros preceptos de la ley procesal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, doce (12) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

El doctor Jaime Rodríguez Fonnegra, obrando como apoderado especial de **The Dorada Railway Company Limited,** sociedad inglesa domiciliada en Londres y con negocios en el país, que antes giraba con la razón social de The Dorada Extensión Railway Limited, presentó demanda ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte contra la Nación, el Departamento del Tolima, el Departamento de Caldas y el Departamento del Huila, para que en juicio ordinario de única instancia se hicieran las declaraciones que pasan a transcribirse:

"Parágrafo I. — Peticiones principales

"Primero.—Que no produce efectos la sentencia dictada en el juicio ordinario que el Departamento del Tolima promovió contra The Dorada Extensión Railway Limited (hoy The Dorada Railway Company Limited) ante el Tribunal Superior de Bogotá para que se condenase a esta

compañía a pagar con intereses la cantidad de cuarenta mil cuatrocientos setenta y siete pesos y ochenta y dos centavos ($ 40.477,82) como participación de ese Departamento en la explotación del Ferrocarril de La Dorada hasta el veintiocho (28) de diciembre de mil ochocientos noventa y uno (1891) y para que se le reconociese derecho a cinco centavos por carga de a ciento cincuenta kilogramos que se hubiera transportado por dicho ferrocarril desde esa fecha o que se transportase por el mismo en lo futuro, y en el cual juicio, decidido en segunda instancia por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia mediante fallo dictado a cuatro (4) de noviembre de mil novecientos treinta (1930), se absolvió a la Compañía demandada con respecto a algunos de los cargos de la demanda y se la condenó a pagar al Departamento demandante los cinco centavos en referencia con relación 'a lapso transcurrido desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos tres (1903) hasta el nueve (9) de noviembre de mil novecientos veintitres (1923), fecha de la notificación de la demanda' con los intereses correspondientes a la suma que se liquidase, a la tasa del seis por ciento (6%) anual, a partir del diez y siete de octubre de mil novecientos veintitres (1923); lo cual, o sea el no producir efectos aquella sentencia, es a causa de no haber intervenido en este juicio ni la Nación ni el Departamento de Caldas ni el Departamento del Tolima ni el Departamento del Huila, entidades que habían de ser oídas en dicho juicio en razón de los hechos en que la presente demanda se basa y de situaciones jurídicas preexistentes.

"Segundo.—Que no produce efectos la sentencia dictada en el juicio que el Departamento del Tolima promovió contra The Dorada Railway Company Limited (antes The Dorada Extension Railway Limited) ante el Tribunal Superior de Bogotá para que ésta le rindiese cuentas 'de la carga transportada en el Ferrocarril de La Dorada, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos tres (1903) hasta el nueve (9) de noviembre de mil novecientos veintitres (1923)' con expresión del 'saldo líquido' de la participación correspondiente al Departamento demandante 'en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, en razón de cinco centavos por carga transportada de ciento cincuenta kilogramos de peso, durante dicho lapso de tiempo', y sobre los intereses causados por dicho 'saldo líquido' a la tasa del seis por ciento (6%) anual, desde el diez y siete (17) de octubre de mil novecientos veintitres (1923), y en el cual juicio, habiéndose ordenado que se rindiesen tales cuentas en proveído de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirmó en segunda instancia por decisión de veinticinco (25) de octubre de mil novecientos treinta y cuatro (1934), se decidió posteriormente, según fallo dictado en segundo grado por esta misma entidad, que lo debido en razón de aquella participación era 'la cantidad de cuatrocientos sesenta y siete mil ciento noventa pesos y noventa y nueve centavos (467.190,90) en la moneda corriente en la actualidad, o sea en billetes representativos de oro o en billetes del Banco de la República, a la par, con intereses del seis por ciento (6%) anual desde el diez y siete (17) de octubre de mil novecientos veintitres (1923) hasta el día del pago'; lo cual, o sea el no producir efectos aquella sentencia, es a causa de no haber intervenido en este juicio ni la Nación ni el Departamento de Caldas ni el Departamento del Tolima ni el Departamento del Huila, entidades que habían de ser oídas en dicho juicio en razón de los hechos en que la presente demanda se basa y de situaciones jurídicas preexistentes.

"Tercero.—Que no produce efectos la sentencia dictada en él juicio que el Departamento del Tolima promovió contra The Dorada Railway Company Limited (antes de ello The Dorada Extensión Railway Limited) ante el Tribunal Superior de Bogotá para que ésta le rindiese cuentas de la carga transportada por el Ferrocarril de La Dorada desde el diez (10) de noviembre de mil novecientos veintitres (1923) hasta el día de la notificación de la demanda con expresión del 'saldo líquido' correspondiente al Departamento del Tolima 'en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, a razón de cinco centavos por carga transportada, de ciento cincuenta kilogramos de peso, y sobre los intereses causados por dicho 'saldo líquido', a la tasa del seis por ciento (6%) anual desde el tres (3) de noviembre de mil novecientos treinta y tres (1933), y en el cual juicio se condenó a la Compañía demandada a rendir tales cuentas por fallo que la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirmó, como tribunal de segunda instancia, mediante sentencia de veintisiete (27) de febrero de mil novecientos treinta y nueve (1939); lo cual, o sea el no producir efectos aquella sentencia, es a causa de no haber intervenido en este juicio ni la Nación ni el Departamento de Caldas ni el Departamento del Tolima ni el Departamento del Huila, entidades que habían de ser oídas en dicho juicio en razón de los hechos en que la presente demanda se basa y de situaciones jurídicas preexistentes.

"**Cuarto.**—Que por lo tanto debe cancelarse la inscripción hecha en el Registro de Instrumentos Públicos y Privados de cada una de las sentencias que se dejan mencionadas.

"Parágrafo III. — Peticiones subsidiarias de primer grado

"En subsidio, y para el caso de que no prospere alguna de las peticiones principales, demando se declare:

"(A). Que el contrato que se consignó en documentos suscritos en Neiva el siete (7) de junio de mil ochocientos ochenta y uno entre el señor Secretario de Hacienda del Estado Soberano del Tolima y don Francisco J. Cisneros, y que fue aprobado en esa misma fecha por el Poder Ejecutivo del Estado, no ha producido ni podido producir efectos.

"(B). Que en consecuencia no deben ser ejecutadas las decisiones a que se refieren los puntos Primero, Segundo y Tercero del precedente Parágrafo Primero (I).

"Parágrafo III. — Peticiones subsidiarias de segundo grado

"En subsidio, y para el caso de que no prospere alguna de las peticiones subsidiarias de primer grado, que en el precedente Parágrafo Segundo (II) se formulan, demando se declare:

"(AA). Que el contrato que se consignó en documento suscrito en Neiva el siete (7) de junio de mil ochocientos ochenta y uno (1881) entre el señor Secretario de Hacienda del Estado Soberano del Tolima y don Francisco J. Cisneros, y que fue aprobado en esa misma fecha por el Poder Ejecutivo del Estado, caducó el veinte (20) de marzo de mil ochocientos noventa y tres (1893) por efecto del 'contrato número cuarenta y siete (47) de mil ochocientos noventa y tres (1893)' —que se perfeccionó mediante la escritura otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá en aquella fecha y marcada con el número ciento ochenta y seis (186)—, y del 'contrato número cuarenta y nueve (49) de mil ochocientos noventa y tres (1893)' —publicado en el Diario Oficial número nueve mil ciento setenta y cinco (9.175) y perfeccionado con el otorgamiento de la escritura pública pasada en esa fecha en la Notaría Tercera de Bogotá y marcada con el número ciento ochenta y siete (187)—.

"(BB). Que en consecuencia no deben ser ejecutadas las decisiones a que se refieren los Puntos Primero, Segundo y Tercero del precedente Parágrafo Primero (I).

"Parágrafo IV. — Peticiones subsidiarias de tercer grado

"En subsidio, y para el caso de que no prospere alguna de las peticiones subsidiarias de segundo grado, que en el precedente Parágrafo Tercero (III) se formulan, demando se declare:

"(AAA) Que el contrato que se consignó en documento suscrito en Neiva el siete (7) de junio de mil ochocientos ochenta y uno (1881) entre el señor Secretario de Hacienda del Estado Soberano del Tolima y don Francisco J. Cisneros, y que fue aprobado en esa misma fecha por el Poder Ejecutivo del Estado, y al contrato perfeccionado mediante la escritura pública pasada en la Notaría de Ibagué el quince (15) de julio de mil ochocientos noventa y seis (1896) y marcada con el número trescientos sesenta y seis (366) —otorgada entre el señor Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima y el apoderado de The Dorada Railway Company Limited— se puso fin mediante contrato consignado en la escritura pública número dos mil doscientos sesenta y nueve (2269) de veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos cinco (1905), pasada en la Notaría Segunda de Bogotá, y mediante el contrato consignado en la escritura pública número dos mil doscientos setenta (2270), de veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos cinco (1905), otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá.

"(BBB). Que las obligaciones a cargo del concesionario que resultaban del contrato que se consignó en documento suscrito en Neiva el siete (7) de junio de mil ochocientos ochenta y uno (1881) entre el señor Secretario de Hacienda del Estado Soberano del Tolima y don Francisco J. Cisneros, y que fue aprobado en esa misma fecha por el Poder Ejecutivo del Estado, y del contrato perfeccionado mediante la escritura pública pasada en la Notaría de Ibagué el quince (15) de julio de mil ochocientos noventa y seis (1896) y marcada con el número trescientos sesenta y seis (366) —otorgada entre el señor Secretario de Hacienda del Departamento del Tolima y apoderado de The Dorada Railway Company Limited—, se extinguieron a virtud de lo expresado en la escritura pública número dos mil doscientos setenta (2270), de veintinueve (29) de diciembre de mil novecientos cinco (1905) otorgada en la Notaría Segunda de Bogotá.

"(CCC). Que en consecuencia no deben ser ejecutadas las decisiones a que se refieren los pun-

tos Primero, Segundo y Tercero del Precedente Parágrafo Primero (I)".

Como hechos o fundamentos de sus peticiones, el demandante transcribió seguidamente varios contratos, agrupándolos bajo las siguientes denominaciones: "ACTOS EN QUE INTERVINO EL GOBIERNO DE LA UNION COLOMBIANA", "ACTOS EN QUE INTERVINO EL GOBIERNO DEL ESTADO SOBERANO DEL TOLIMA". "ACTOS EN QUE INTERVINO EL GOBIERNO DE COLOMBIA ENTRE 1890 y 1905", "CONTRATOS CELEBRADOS CON EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA DESDE LA CREACION DE ESTE, EN 1886, HASTA 1905", etc.; reprodujo luego algunos apartes de las sentencias demandadas, haciendo de paso ciertos comentarios; y finalmente, después de muchas otras transcripciones, terminó afirmando, en los numerales 499 y 500 del libelo, que "el ferrocarril construído entre Honda y La Dorada ocupa territorio del Departamento del Tolima en el trayecto comprendido entre Honda y el río Guarinó", y también "ocupa territorio del Departamento de Caldas en la región situada entre el río Guarinó y La Dorada".

La anterior demanda le correspondió en reparto al Magistrado doctor Rafael Leiva Charry, quien por auto de fecha veintiuno de agosto del corriente año resolvió no admitirla, expresando como razones de su decisión:

"Claramente se advierte de la simple lectura de las tres principales peticiones arriba copiadas, que el fin perseguido con ellas es la declaración de nulidad de fallos proferidos contra la Compañía demandante, en juicios trabados con el Departamento del Tolima y de los cuales ha conocido el Tribunal Superior de Bogotá en primera instancia. Así lo entiende la Sala no sólo porque la simple declaración de que tales fallos no producen efectos apenas si podría ser consecuencia de una acción de nulidad, sino también porque el fundamento invocado por el actor respecto de cada una de las expresadas declaraciones, o sea, el hecho de no haber intervenido en los juicios dentro de los cuales se dictaron esos fallos ninguna de las entidades aquí demandadas, en el fondo no significa otra cosa que la alegación de la 3ª causal de nulidad establecida por el artículo 448 del C. Judicial.

"Ahora bien, a folios 419 a 469 (hechos 418 a 478) del libelo se encuentra la relación de todos los antecedentes de los pleitos que el Departamento del Tolima ha venido sosteniendo con la Compañía representada ahora por el doctor Rodríguez Fonnegra.

"De esa relación, fielmente extractada de los hechos alegados como fundamento de la presente demanda, aparece en síntesis lo siguiente:

"1º Que el juicio fallado por la sentencia de 4 de noviembre de 1930, a la cual se contrae el punto primero de las declaraciones principales, versó sobre los derechos emanados para el Departamento del Tolima, sucesor del antiguo Estado Soberano del mismo nombre, del contrato que en el año de 1881 se celebró entre don Eugenio Castilla, Secretario de Hacienda de dicho Estado, y don Francisco J. Cisneros, contrato en cuya estipulación 4ª se convino en reconocer a la entidad contratante, en compensación de las concesiones hechas al señor Cisneros o sus cesionarios, cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos de peso, de las que transitan por el ferrocarril (f. 56 v.), derecho que la sentencia de que se trata reconoció, pues la Compañía cesionaria fue condenada a pagar la participación convenida en el lapso transcurrido desde el 9 de noviembre de 1903, hasta el 9 de noviembre de 1923 con los intereses legales a partir del 17 de octubre del mismo año; y

"2º Que las sentencias a que se refieren las otras dos peticiones principales, se profirieron en los juicios que el Departamento del Tolima adelantó contra la Compañía para que ésta le rindiera cuentas de la participación a cuyo pago había sido condenada aquélla en el primer fallo.

"Por lo anteriormente expuesto, es forzoso concluír que ninguna de las declaraciones principales pedidas por el actor versa sobre derechos emanados de contratos celebrados por la Nación. En otros términos, no se trata de controversia alguna originada en estipulaciones contractuales que liguen a la Nación con la Compañía aquí demandante, ya sea directamente o a través de cualquier entidad o persona a quien la Nación misma haya traspasado sus derechos.

"Esas declaraciones —como ya está dicho— tienden a obtener la nulidad de sentencias proferidas en juicios adelantados por el Departamento del Tolima contra la Compañía con base en un contrato celebrado entre ambas partes, juicios en los cuales no intervino la Nación. Y aunque es precisamente esta última circunstancia la que se invoca en apoyo de la nulidad demandada, para efectos de la competencia de esta Sala y tratándose de negocios atribuídos a ella en primera y única instancia, no basta, en orden a la aplicación del artículo 40 del C. Judicial, el hecho de que en los juicios expresados debió ser oída la Nación **(la nación)** por la más o menos remota relación que pudiese tener alguno o algunos de los contratos celebrados por ella con la compañía y el que fue

materia del primero de los juicios, dentro del cual se dictó la sentencia a que se refiere la primera petición principal".

Contra dicha providencia del señor Magistrado sustanciador interpuso recurso de súplica el doctor Rodríguez Fonnegra, expresando o reiterando que él no había pedido en las peticiones principales de su demanda la nulidad de juicios, sino la **ineficacia** de los fallos a que allí se hace referencia; en lo cual —según dice— "podrá haber equivocación en cuanto al fundamento jurídico de ellas, podrán no ser verdaderos los hechos que en la demanda se afirman y podrán no ser procedentes aquellas peticiones; pero decidir al respecto es materia de la sentencia de fondo, y en ningún caso el señor Magistrado actuante se halla facultado para trastrocar la demanda, y menos para atribuír a la parte actora el haber demandado lo que ésta no ha demandado, sin contar con que demandar lo que el señor Magistrado actuante imagina que se ha demandado, o sea el pronunciamiento de la nulidad procedimental de meras sentencias, habría sidó absurdo en el sistema legislativo que rige entre nosotros, en que la nulidad procedimental afecta al juicio mismo, y no meramente al fallo que le pone fin".

Y más adelante agrega el doctor Rodríguez Fonnegra, para explicar cómo las peticiones principales de su demanda sí derivan de contratos celebrados por la Nación:

"Sobra repetir que si el señor Magistrado actuante hubiera entendido la demanda, habría hallado la relación estrecha que se le pasó por alto, como que habría visto que las pretensiones de la parte demandante son: 1ª La de que el Departamento del Tolima tenía que demandar a la Nación y a los Departamentos del Huila y Caldas para que se hicieran las declaraciones que se hicieron a su favor en fallos ineficaces por haber oposición entre sus pretensiones y la situación creada por los contratos celebrados por la Unión Colombiana y luego por la Nación Unitaria. 2ª La de que, habiendo oposición entre las sentencias cuya ineficacia se demanda que sea declarada y los contratos celebrados por la Unión Colombiana y luego por la Nación, aquellas sentencias no pueden producir efectos. Lo tocante con si hay tal oposición o no, es lo sujeto a la decisión de la Corte, y no hay entidad que pueda juzgar al respecto...".

Llevado el anterior escrito de súplica a conocimiento del señor Procurador Delegado en lo Civil, como representante de la Nación (aunque no era legalmente necesario, como éste lo anota), dicho funcionario manifestó su concepto favorable a la tesis del auto reclamado, pero advirtiendo que esta Superioridad debía ordenar previamente la legalización de las hojas de papel sellado empleadas para el recurso, de acuerdo con lo estatuído en el inciso 4º del artículo 8º de la ley 20 de 1923.

Se expresó así el señor Procurador Delegado:

"En efecto, el recurrente utilizó la primera línea transversal de cada una de las hojas de papel sellado, por ambos lados, o sea aquella línea que cierra en la parte superior el rectángulo **dentro** del cual debe contenerse el escrito respectivo. De acuerdo con el inciso 2º del artículo 2º de la ley citada, debe quedar **"un espacio en blanco** antes de la primera línea transversal de dos centímetros". Según el artículo 5º **ibidem,** "la escritura en toda clase de documentos en papel sellado no deberá extenderse en ningún caso a las márgenes y **espacios** ni al sello del papel". Y según el inciso 4º del artículo 8º citado al principio, "cualesquiera de los documentos expresados que hayan sido escritos en papel común, **o que contengan mayor número de líneas que las permitidas por esta ley, o que sean contrarias a cualquiera de las prescripciones del artículo 5º de** ella, pueden ser legalizados y revalidados siempre que a cada hoja de tales documentos se le adhieran y anulen estampillas de las especificadas en el artículo 10, de valor de diez pesos, con la constancia escrita o impresa de que el documento queda revalidado, todo lo cual deberá hacerse de acuerdo con el artículo 20 de esta ley".

En vista de todo lo cual, se procede en seguida a resolver lo que corresponda, empezando por las observaciones antedichas del señor Procurador Delegado en lo Civil, ya que tratándose del papel sellado utilizado para el recurso de súplica, el asunto no es extraño a la competencia de quienes deben decidirlo.

Las observaciones de la Procuraduría

Dice el inciso 2º del artículo 3º de la ley 20 de 1923, después de referirse a las líneas longitudinales del papel sellado, que éste "tendrá **líneas transversales para la escritura,** distantes una de otra 8½ milímetros, dejando un espacio en blanco antes de la primera línea transversal, de 2 centímetros, y después de la última línea, de 19½ milímetros". Y el artículo 5º expresa que "la escritura de toda clase de documentos en papel sellado no deberá extenderse en ningún caso a las márgenes y espacios ni al sello del papel". La misma ley establece las consecuencias o sanciones de cualquiera irregularidad al respecto.

¿Pero cuando la ley prohibe escribir en los es-

pacios, habrá de entenderse que se trata de los **espacios en blanco** previstos por disposición anterior? No lo entiende así la Corte, porque el artículo 5º nó consagra claramente una excepción al artículo 3º, que establece, según se ha visto, que **las líneas transversales son para la escritura.** De esta suerte, cuando la ley prohibe escribir simplemente en los **espacios,** no puede referirse sino a los que quedan normalmente después de escribir sobre dichas líneas transversales. Pero como es natural, sin que ésto impida las entrerrenglonaduras que no se hayan podido evitar, las cuales deben salvarse, conforme a disposiciones especiales.

En todo caso, el Gobierno Nacional, que es el encargado de impòner las sanciones correspondientes por conducto de los Administradores de Hacienda, ha interpretado en igual sentido las normas de que se viene hablando, al expresar lo siguiente en Resolución Ejecutiva Nº 68 de 1929:

"**Artículo 2º** Sobre cada una de las treinta y cuatro (34) líneas transversales que actualmente tiene cada hoja de papel sellado puede escribirse sin violar ninguna de las leyes que regulan la materia, puesto que de acuerdo con el artículo 3º de la ley 20 de 1923, las líneas transversales del papel sellado son para la escritura".

Carece, pues, de razón el señor Procurador Delegado en lo Civil.

El recurso de súplica

En relación con las peticiones principales de la demanda, está en lo cierto el reclamante cuando afirma que en ellas no se impetra la nulidad de juicios, desde luego que lo que allí se pretende, según sus términos, es que se declare que **no producen efectos** determinadas sentencias, dictadas en juicios promovidos por el Departamento del Tolima contra la Compañía ahora demandante, denominada antes The Dorada Extension Railway Limited.

Pero hecha esta necesaria aclaración, ¿cuál es el fundamento para que no deban producir efecto aquellas sentencias?

En la demanda se dice que es a causa de no haber intervenido en los respectivos juicios ni la Nación, ni el Departamento de Caldas, ni el Departamento del Tolima (y antes se había afirmado que éste los había promovido) ni el Departamento del Huila. Y se agrega que estas entidades habían de ser oídas en dichos juicios "en razón de los hechos en que la presente demanda se basa y de situaciones jurídicas preexistentes"; hechos que luego se relacionan en más de doscientas páginas del libelo, en que se transcriben numerosos contratos, unos celebrados por el Gobierno de la Unión Colombiana, otros por el Estado Soberano del Tolima, otros por el Gobierno de Colombia, ya dentro del régimen unitario, y otros por el Departamento del Tolima.

Pero a pesar de estas transcripciones de contratos, celebrados algunos por la Nación, como se ha dicho, la Corte no ve cómo pueda aceptarse razonablemente que de esos contratos provenga la ineficacia de unas sentencias, que es a lo que se aspira en las peticiones principales de la demanda. Que haya oposición entre los fallos judiciales demandados y la situación creada por los contratos celebrados por la Unión Colombiana y luego por la Nación Unitaria, como lo afirma el reclamante, no es cuestión que abone la competencia privativa de la Corte en este caso; puesto que si existe esa oposición, de ahí no puede derivarse absolutamente nada sobre la falta de valor de tales fallos judiciales. La inconducencia de los contratos transcritos entre los hechos de la demanda, desde el punto de vista de las peticiones principales de la misma, resulta a todas luces manifiesta y ostensible.

El doctor Rodríguez Fonnegra insiste en su escrito de súplica sobre que éstas son cuestiones de fondo, ajenas al momento en que sólo se decide de la aceptación de la demanda, pero a ésto cabe observar que la Corte, para definir su propia competencia en única instancia, prevista de modo excepcional por el artículo 40 del C. J., no puede aceptar irreflexivamente cualquiera referencia a contratos celebrados por la Nación que se haga entre los hechos de la demanda. Es natural que en estos casos deba procederse con la debida prudencia, pero sin que pueda prescindirse de estudiar los hechos contractuales alegados, con el objeto de apreciar si son conducentes para los fines de la litis. De otra suerte, la competencia privativa de la Corte quedaría al arbitrio del propio demandante.

Además si estos motivos de incompetencia de la Corte no mediaran, tampoco podría aceptarse la demanda de The Dorada Railway Company Limited, debido a la índole de las acciones principales en ella deducidas, que, no es innecesario repetirlo, van encaminadas a que se declaren sin valor o eficacia unas sentencias.

¿Cuál la razón?

Ciertamente no puede desconocerse que el demandante, por lo general, tiene plena libertad para formular las peticiones de su demanda; pe-

ro esa libertad no puede ir hasta el extremo de atentar contra las bases de la organización procesal, entre las cuales se establece que "la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquiera decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes". Como únicas excepciones a esta norma, contenida en el artículo 473 del C. J., se expresa ahí mismo seguidamente: "Entiéndese ésto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".

Pero como es obvio que en el presente caso no se trata de ninguno de los medios de impugnación de sentencias en firme previstos por la disposición citada, mal podría admitirse una demanda que trata de introducir directamente un medio nuevo de impugnación, en contra de claros preceptos de la ley procesal.

Según el tratadista Manuel de la Plaza, en su obra sobre **Derecho Procesal Civil**, la jurisprudencia española se ha pronunciado en análogo sentido, estableciendo que "puede rechazarse sin más una demanda que, inequívocamente, tiende a enervar la eficacia de resoluciones ejecutorias consentidas en un procedimiento idéntico tramitado con anterioridad".

En mérito de todo lo cual,

SE RESUELVE:

Primero.—No es el caso de ordenar la revalidación de las hojas de papel sellado utilizadas por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra en su escrito de súplica.

Segundo.—No se revoca la providencia de fecha veintiuno de agosto del corriente año, por la cual el señor Magistrado sustanciador Leiva Charry decidió no admitir la demanda de The Dorada Railway Company Limited contra la Nación y otras entidades.

Cópiese y notifíquese.

Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—LA CALIDAD DE PROPIETARIO DE UN INMUEBLE DEBE ACREDITARSE POR MEDIO DE ESCRITURA PUBLICA.—A LOS TESTIGOS NO ES DABLE HACER AFIRMACIONES SOBRE CUESTIONES JURIDICAS

De acuerdo con el sistema probatorio universalmente aceptado, y según la lógica de las mismas, es al juzgador a quien le corresponde decir, en casos como el presente (prueba testimonial), si de los hechos materiales, observados por los testigos, y manifestados por éstos en el acto de la declaración, se puede sacar la conclusión jurídica correspondiente, tales como la calidad de poseedor, propietario, tenedor, etc., porque no les es dable a los testigos hacer afirmaciones sobre cuestiones jurídicas.

Corte Suprema de Justicia. — Sala le Negocios Generales.—Bogotá, noviembre diecinueve de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez)

Procedente del Tribunal Superior de Santa Marta, está al estudio de esta Superioridad, el juicio ordinario que Donaciano Pérez Torres inició y siguió contra el Departamento de Magdalena, para el pago de unos perjuicios materiales.

El litigio:

El doctor Manuel F. Robles, obrando en su calidad de mandatario del demandante Pérez Torres, solicitó del Tribunal Superior de Santa Marta se hicieran las siguientes declaraciones:

"1ª Que el Departamento del Magdalena debe pagar al señor Donaciano Pérez Torres, por indemnización de perjuicios —daño emergente y lucro cesante— mucho más de treinta mil pesos moneda legal ($ 30.000) por el averanamiento de toda la finca de bananos denominada 'La Concepción' en plena producción de guineo de primera clase, de que es propietario y poseedor y usufructuario mi mandante, ubicada en el Corregimiento de Riofrío, Distrito de Ciénaga, Departamento del Magdalena, alinderada así: 'Por el Norte, camino real del Canal Goenaga, en medio, con predio de Lorenzo Orozco, y población de Riofrío; por el sur con el río Riofrío; por el Este con la línea férrea y finca 'La Esperanza', lote de nombre Guapo, de don Alfonso Campo Serrano, y por el Oeste, parte con predio de Juan Avendaño, camino real de Valledupar, o sea camino de la finca 'Santa Inés', de don Pablo García Franco' ".

"2ª Que el lucro cesante se extienda hasta el día en que el Departamento del Magdalena haga el pago".

Como fundamentos de hecho de la demanda dijo lo siguiente:

"1º El señor Donaciano Pérez Torres es propietario, poseedor, usufructuario de la finca de bananos, que estaba en plena producción de guineo de primera clase, denominada 'La Concepción' hasta el día en que ella fue averanada, de una capacidad de 25 hectáreas, ubicada en el Corregimiento de Riofrío... con linderos que se expresan en la declaración A) que se solicita, en esta demanda".

"2º La finca de bananos 'La Concepción', en su totalidad, se riega con aguas del Canal Goenaga, acequia matriz, aguas derivadas del río Riofrío. El Canal Goenaga es de propiedad del Departamento del Magdalena y administrada por esta entidad de derecho público. El administrador de tal cauce artificial es nombrado por el señor Gobernador del Departamento del Magdalena".

"3º Desde la primera semana de febrero de 1944, el señor Julio E. Charris, Administrador del Canal Goenaga, ordenó la suspensión del riego en la totalidad de la finca 'La Concepción', orden que se cumplió y que se cumple hasta el presente".

"4º La suspensión del riego de la finca de bananos 'La Concepción', ordenada por el Administrador oficial, señor Julio E. Charris, del Canal Goenaga, causó el total averanamiento de las veinticinco hectáreas de guineo en plena producción de la prenombrada finca".

"5º El dicho averanamiento aniquiló la totalidad de las veinticinco hectáreas de bananos de la finca 'La Concepción' en plena producción, las cuales estaban asistidas con sumo esmero y en permanente explotación económica".

"6º Para que las veinticinco hectáreas de la finca

'La Concepción', aniquiladas totalmente por el averanamiento, vuelvan a estar en condiciones de explotación económica, se necesita, por lo menos, un año, contado desde la fecha en que se inicien los trabajos de nuevas siembras con los requisitos técnicos".

"7º El mismo aniquilamiento por el averanamiento, por la suspensión del riego de la finca de bananos 'La Concepción' imposibilitó a mi mandante señór Donaciano Pérez Torres para sembrarla de nuevo, pues no produciendo la finca nada, no había dinero para ello y continúa el estado indefinido de no producción en absoluto de bananos".

"8º La crisis económica alarmante existente, imposibilita la consecución de dinero para los nuevos cultivos de guineo de explotación".

"9º Esta misma crisis económica acrecienta la culpabilidad del Departamento del Magdalena al propender con sus actos el averanamiento de las bananeras".

"10º De acuerdo con la ley, mi mandante Donaciano Pérez Torres, obtuvo que el Honorable Tribunal decretara una inspección ocular extrajudicial, con peritos, con citación del señor Fiscal del Tribunal, en representación del Departamento del Magdalena, a la finca de bananos 'La Concepción' quien nombró perito. El Tribunal comisionó a uno de los Juzgados del Circuito de Ciénaga para la práctica de la inspección ocular. Se estableció el averanamiento y los perjuicios, que fueron avaluados por los peritos, en más de veintiocho mil pesos moneda legal. En el término de pruebas de este juicio se harán venir a los autos las copias de la diligencia de inspección ocular y de los dictámenes periciales".

"11º El poner en estado de producción la finca de bananos 'La Concepción', de veinticinco hectáreas averanadas por la suspensión del riego del Canal Goenaga, por orden de un Agente del Departamento del Magdalena no es posible que se realice en el año que sirvió de base a los peritos para apreciar el lucro cesante en los perjuicios sufridos por mi mandante".

"12º El lucro cesante debe abarcar hasta el día en que mi mandante sea indemnizado".

"13º La finca 'La Concepción' en su totalidad, está incluída en el mapa verde de la Magdalena Fruit Company, la explotadora del guineo".

"14º El precio del guineo se ha cuadruplicado de valor. El racimo de banano de primera clase se cotiza a sesenta centavos oro americano. Los peritos avaluaron el racimo entonces, a precios bajos".

Como fundamentos de derecho citó los artículos 2341, 2342, 2343 y 2347, y concordantes del Código Civil.

El Tribunal del conocimiento le puso fin a la primera instancia absolviendo de todos los cargos formulados al Departamento del Magdalena, según las siguientes consideraciones:

"Se deduce claramente de lo atrás expuesto, que si es un contrato lo que celebra el Departamento con los beneficiarios del Canal Goenaga, en el caso subexamine el actor no ha demostrado ni la existencia de ese contrato, ni el incumplimiento de él por parte del demandado, amén de que la acción judicial estaba mal escogida. Pues en ese caso se trataría de una acción civil por incumplimiento de contrato, circunstancia que induciría necesariamente a la absolución del Departamento, o por lo menos una declaratoria de excepción perentoria de petición de modo indebido. Si no hay contrato, sino la prestación de un servicio público mediante el pago de una tasa por parte del riberano aprovechado, lo cual no genera relaciones contractuales, entonces la acción incoada está bien entablada, pero las peticiones del libelo no pueden prosperar por la razón muy sencilla de que el demandante no ha comprobado que estuviera a paz y salvo con el dueño del Canal Goenaga para la fecha en que se ordenó la suspensión del riego, hecho trascendental para poder determinar la culpabilidad del Departamento ya que éste era legalmente amparado por el artículo citado que lo autoriza a suspender el suministro de agua cuando el servicio no se pagere cumplidamente, y conforme se dejó establecido, todo inclina a pensar que el actor creyó estar a paz y salvo porque suponía condonada esa deuda desde 1941 a 1944 inclusive, cuando apenas se condonaron las deudas por derechos de agua, correspondientes a los años de 1941 y 1942, pero no las del año 43 y siguientes. La circunstancia de encontrarse el señor Donaciano Pérez Torres a paz y salvo con el Tesoro del Canal Goenaga en septiembre de 1946 no quiere decir necesariamente que lo hubiera estado en los años de 1943 y 1944, y aun cuando el servicio sea público y no genere contrato, sin embargo no es gratuito, cabe afirmar que el Departamento no está obligado a prestar el servicio de agua de manera gratuita, sino mediante la retribución de una tasa o canon. La falta de esta prueba también ocasiona la absolución del demandado".

Apelada la sentencia para ante esta Superioridad, procede decidir el fondo mismo del asunto, valiéndose para ello de las pruebas llevadas al Tribunal, ya que en esta instancia ninguna de las partes produjo nuevas, no obstante haber solicitado

la demandante la práctica de algunas; tampoco se presentaron alegatos de conclusión.

Consideraciones de la Corte:

En ninguna parte del proceso aparece demostrada la calidad de propietario, o de poseedor del inmueble, por parte del demandante Pérez Torres, condición esencialísima para la prosperidad de la acción de indemnización de perjuicios, como lo tiene establecido la jurisprudencia.

En efecto, de las pruebas presentadas en la primera instancia, las que más se relacionan con el punto que ahora se discute, fueron las declaraciones de los señores Pedro Vega, Juan Avendaño, Lorenzo Orozco, Ramón Arrieta y Julián Bolaño, quienes todos acordes manifestaron que el actor Pérez Torres era "propietario, poseedor y usufructuario" de la finca denominada "La Concepción".

Pero, de acuerdo con el sistema probatorio universalmente aceptado, y según la lógica de las mismas, es al juzgador a quien le corresponde decir, en casos como el presente (prueba testimonial), si los hechos materiales, observados por los testigos, y manifestados por éstos en el acto de la declaración, se puede sacar la conclusión correspondiente, tales como la calidad de poseedor, propietario, tenedor etc., porque no le es dable a los testigos hacer afirmaciones sobre cuestiones jurídicas.

De otra parte, en el memorial de pruebas no se pidió a ninguno de los testigos que declararan sobre el punto concreto de la posesión del demandante; simplemente se les preguntó, "si les consta que el señor Pérez Torres, es el poseedor, propietario, etc. de la finca "La Concepción", omitiéndose solicitarles dar razón de sus afirmaciones.

Otra cosa hubiera sido que en la declaración se hubiera solicitado la manifestación de los hechos, que conforme al artículo 981 del Código Civil, son los que demuestran la posesión, tales como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras etc., para de esta manera poder el juez aceptar o negar la calidad de poseedor, según el mérito probatorio de tales afirmaciones.

La Corte, en sentencia de octubre 9 de 1951 (G. J. Nº 2105-2106) sostuvo su criterio en materia de prueba testimonial, afirmando que "La prueba testimonial sólo es idónea cuando tiende a demostrar *hechos perceptibles directamente por los sentidos*".

En caso análogo al de autos, esta Sala de Negocios Generales, exigió como condición indispensable para que prosperara la acción que hoy se estudia, el hecho de que "la calidad de propietarios por parte de los actores, invocada en los hechos de la demanda, y en la petición principal de ella, había de establecerla con escritura pública, que diera razón del inmueble pormenorizado en la demanda".

Como tal calidad, de propietario, ni siquiera la de poseedor, fue establecida en el juicio, la Sala estima que falta uno de los requisitos esenciales para la prosperidad de esta acción, caso en el cual la confirmación de la sentencia apelada se impone, aun cuando por razones diferentes a las que tuvo en cuenta el Tribunal.

En vista de las consideraciones precedentes, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Confirmar la sentencia pronunciada en el presente juicio, por el Tribunal Superior de Santa Marta, con fecha 9 de diciembre de 1948. Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y nueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Manizales, en providencia de 9 de junio último, resolvió lo siguiente:

"Fíjase el monto de los perjuicios patrimoniales y morales subjetivos que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales (patrimonio nacional personalizado) debe pagar, tres días después de la ejecutoria de esta providencia, al señor **Jesús María Cardona,** en la suma de **ocho mil quinientos pesos** ($ 8.500.00) moneda legal, según se le condenó por la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha diez de octubre de mil novecientos cincuenta (1950), con su aclaración".

Contra dicha providencia interpuso apelación el apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, por lo cual debe revisarla esta Sala de la Corte.

La sentencia de la Corte decidió lo siguiente:

"Primero. — El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales (patrimonio nacional personalizado) es civilmente responsable de los perjuicios patrimoniales y morales subjetivos que recibió el señor Jesús María Cardona, con ocasión del accidente de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

"Segundo. — Condénase, en consecuencia, al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a pagar al expresado señor Jesús María Cardona, la suma de **un mil pesos** moneda corriente ($ 1.000.00) por concepto de perjuicios morales subjetivos; y la que se fije en incidente separado y sobre las bases indicadas en la parte motiva de esta decisión, por concepto de perjuicios patrimoniales.

"Tercero.—No hay lugar a costas".

En providencia de 13 de noviembre la Sala aclaró su anterior fallo en el sentido de declarar "que la regulación de los perjuicios patrimoniales que se ordenaron pagar, no podrá exceder de la suma de **siete mil quinientos pesos** ($ 7.500.00) moneda corriente, mitad del valor en que fueron estimados por el demandante".

De esta suerte, debía hacerse la liquidación de los perjuicios patrimoniales sufridos por el actor de acuerdo con el incidente que establece el artículo 553 del código judicial, pero sin que excedieran de la mentada suma de siete mil quinientos pesos.

Bases para la liquidación.—En la sentencia se dice que el daño patrimonial está "representado por la disminución de su capacidad productora durante todo el tiempo de su vida, y por los gastos y erogaciones que debió hacer para atender a la enfermedad". Y más adelante se precisan las bases para hacer la fijación del daño patrimonial, en la siguiente forma:

"La regulación del perjuicio patrimonial se hará en incidente separado, teniendo en cuenta las siguientes bases:

"Dado el grado de incapacidad que en sus actividades productivas se le asigne, se determinará la suma mensual en que resulta afectado el producto de dichas actividades; la mitad de esta suma mensual se multiplicará por el número de meses de vida probable que, sobre tablas de mortalidad de las Compañías de Seguros, se le calcule, habida consideración de la edad con que contaba para la fecha del accidente y a partir de ella; se descontará luego de este producto, lo correspondiente al interés legal siguiendo el procedimiento de las tablas de Garuffa, en el tiempo comprendido desde la fecha de la liquidación hasta el término de vida probable, y el resultado será el valor correspondiente al lucro cesante.

"El daño emergente se fijará sobre las sumas que se compruebe como erogadas por Cardona para el tratamiento de la enfermedad".

El fallo del Tribunal.—Para hacer la liquidación que ahora se revisa, el Tribunal fijó los siguientes datos:

a) Fecha del accidente: 21 de noviembre de 1938.

b) Edad de Jesús María Cardona en esa fecha: 33 años, 7 meses y 28 días.

c) Vida probable o supervivencia del mismo: 30 años y 65 centésimas, o sea, que la supervivencia se calcula hasta el 17 de julio de 1969.

d) Capacidad productiva de Cardona: cien pesos mensuales ($ 100.00).

e) Disminución de la capacidad productiva: el 55%, esto es, que la capacidad productiva de Cardona quedó reducida a un cuarenta por ciento sobre los cien pesos mensuales que ganaba en dicha época. Dicho de otro modo, "Cardona quedó dejando de producir hasta por un valor de $ 27,50 mensual (sic), que en el año equivale a un producido de $ 330.00 m. cte.".

Y con el objeto de aplicar las Tablas de Garuffa dividió el Tribunal la liquidación en dos períodos: el primero, del 21 de noviembre de 1938, día del accidente, hasta el 16 de junio de 1952, en que calculó que entraría a regir la regulación de la indemnización; y el segundo, del 17 de junio de 1952 hasta el 17 de julio de 1969, término de la supervivencia probable del actor.

"**Primer período.** — Este empieza a contarse desde el 21 de noviembre de 1938, día del accidente, hasta el 16 de junio de 1952, el cual corresponde, por tanto, a las prestaciones producidas y se liquida así:

Tiempo transcurrido: 13 años, 6 meses y 25 días que, a razón de $ 330.00 anuales dan un monto de $ 4.477,91.

"**Segundo período.**—Este empieza el 17 de junio de 1952, termina el 17 de julio de 1969, que es la fecha final de la supervivencia probable de Cardona. De manera que la liquidación se hace por 17 años y 1 mes.

Según las Tablas de Garuffa, a 17 años corresponden $ 10.477, como suma que debe consignarse para obtener un peso cada año, durante los 17 años; pero como la renta anual es de $ 330.00, dá entonces un total de $ 3.457,41; ahora, como son 17 años más un mes, se agrega a ese total el valor de una prestación, correspondiente a un mes, o sea, $ 27.50, según doctrina de la Corte (GACETA JUDICIAL, tomo LVII, página 773), lo cual dá entonces un total para el segundo período de $ 3.484,91.

Sintetizando, tenemos:

Primer período.

13 años a razón de $ 330.00 c. u.	$ 4.290.00
6 meses a razón de $ 27.50 c. u.	165.00
25 días a razón de $ 25.50 el mes	22.91
Suman	$ 4.477.91

Segundo período.

$ 330.00 por 10.477	$ 3.457.41
Valor de un mes a $ 27.50	27.50
Perjuicios patrimoniales demostrados	$ 7.962.82

Ahora, como la sentencia cuya ejecución se pidió en la articulación que se resuelve condena al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales (patrimonio nacional personalizado) a pagar al demandante señor Jesús María Cardona como perjuicios patrimoniales, sólo hasta la suma de siete mil quinientos pesos ($ 7.500.00) y aunque probó éstos por una suma mayor, no puede reconocerse sino hasta por $ 7.500.00, á los cuales hay que agregar el valor de los perjuicios morales subjetivos que la Corte fijó de una vez en mil pesos ($ 1.000.00).

Por tanto, la entidad demandada, deberá pagar al demandante por perjuicios patrimoniales..... $ 7.500.00

por perjuicios morales .....$ 1.000.00

Los perjuicios por el daño emergente, que el demandante estimó en mil pesos ($ 1.000.00), no se demostraron dentro de la articulación, ni tampoco aparecen demostrados en el plenario, pues los testimonios que trajo apenas hablan en forma general sobre gastos que hizo en el tratamiento o curación, pero no se comprobaron éstos con las cuentas correspondientes o recibos de pago por lo cual se tienen por no probados dichos perjuicios.

Razones de la apelación.—El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles presenta tres objeciones contra la liquidación hecha por el Tribunal:

a) La capacidad productiva de Cardona en la época del siniestro, fijada en cien pesos mensuales, no corresponde a la realidad;

b) La supervivencia del actor debe calcularse teniendo en cuenta las tablas de las compañías de seguros en 1938, y no las de 1951, que fueron las aducidas por la parte actora; y

c) El Tribunal no aplicó las tablas de Garuffa al primer período de vida probable del demandante, apartándose así de la base sentada por la Corte.

Deben, pues, estudiarse tales objeciones en el orden presentado ante la Sala.

a) **Capacidad productiva de Cardona.**—No aceptó el Tribunal la estimación del demandante, quien dice que antes del accidente devengaba un salario de cuatro pesos diarios, como tampoco

aceptó la fijación de los peritos en ciento veinte pesos mensuales.

Pero, en cambio, "y aludiendo a varias declaraciones que se adujeron dentro del plenario y teniendo en cuenta la edad que le correspondía a Cardona cuando ocurrió el accidente, estimó su capacidad productiva en la época del siniestro en cien pesos mensuales.

"Esta apreciación del Tribunal es un tanto elevada —prosigue el señor apoderado de los Ferrocarriles— si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

a) Que el demandante al formular el hecho décimo octavo de la demanda ordinaria afirmó que en la época en que ocurrió el accidente tenía una utilidad variable entre $ 80.00 y $ 100.00, cuyo promedio es inferior a la suma adoptada por el Tribunal y de que acaba de hablarse; y

b) Que los peritos que intervinieron dentro del juicio ordinario, o sea, en una época más cercana el siniestro, fijaron como utilidad diaria de Cardona la suma de $ 2.00, o sea, la de $ 60.00 mensuales (dictamen c. V, página 40 vuelto)".

Para decidir el punto comienza la Sala por admitir que es verdad que en el hecho 18 de la demanda dice el actor que "al tiempo del accidente tenía su establecimiento (de fonda) en el paraje de "La Cabaña" en jurisdicción de Manizales, el cual le dejaba una utilidad variable entre ochenta y cien pesos mensuales" (f. 11 del c. 1).

Y es cierto que los peritos que intervinieron en el juicio dictaminaron que Cardona podía ganar "dos pesos al día" (f. 40 v. del c. V), lo que dá un total de sesenta pesos mensuales.

Sin embargo, acepta la Sala el criterio seguido por el Tribunal, como equitativo, ya que se basa en las declaraciones rendidas dentro del juicio por José Vicente Giraldo, Aristóbulo Molano, Francisco Marulanda y Juan Esteban Salazar, quienes eran vecinos de Cardona en la región de la Cabaña "y por ello afirman dice el Tribunal que era un hombre trabajador y se ocupaba en tal época en la administración de una fonda en compañía de un pariente, en la cual ganaba lo necesario para su subsistencia y la de su familia. Principalmente los testigos Marulanda y Giraldo afirman que obtenían en dicha época un rendimiento de unos cien pesos mensuales más o menos.

A ello se agrega además, como lo dice la Corte, que en la época del accidente, estaba "en pleno vigor físico puesto que con sólo treinta y tres años de edad, gozaba de una perfecta salud", lo cual hace más aceptables los testimonios sobre la capacidad productiva de Cardona en la época del accidente, que no podía ser inferior a una entrada mensual de cien pesos.

A lo aseverado por el actor en su demanda cabe observar que no es limitativo y que la cuantía llega a los cien pesos.

La objeción de que se viene hablando no puede en consecuencia, prosperar.

b) **Cálculo de vida probable o de supervivencia de Cardona.**

"La parte demandante trajo a la articulación y según prueba decretada —dice el Tribunal— copias expedidas por la Compañía Colombiana de Seguros de Vida, Sucursal de Manizales, y de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida, oficina de Manizales, las cuales tablas están de acuerdo al fijar, para una edad de 33 años, un término de vida probable de 30 años, 65 centésimas de año. Entonces tenemos que la vida probable de éste avanzará hasta el 17 de julio de 1969, o sea, 30 años, y meses con 26 días".

El señor apoderado de los Ferrocarriles Nacionales alega que las tablas que deben tenerse en cuenta y a que alude la Corte son las que existían en 1938 y no las existentes en 1951, porque dichas tablas de supervivencia de las compañías de seguros han variado frecuentemente "según han variado los medios de defensa del organismo humano".

A ésto se observa que la Sala apenas señaló "las tablas de mortalidad de las compañías de seguros" como medio de calcular la supervivencia. Al añadir que se tuviera en cuenta la edad con que el demandante contaba en "la fecha del accidente y partir de ella" no significó que las tablas debían ser las vigentes en la fecha indicada, sino que era el punto de partida del cálculo.

Además, si es verdad que las tablas aludidas han sufrido modificaciones teniendo presentes "los medios de defensa del organismo humano", parece lo racional atenerse a las últimas vigentes en la fecha de la liquidación, que proporcionan datos más fidedignos, porque no olvidan estos medios de defensa, no a las anteriores, que no los han tenido en cuenta.

c) **Aplicación de las Tablas de Garuffa.**—Dice el señor apoderado de los Ferrocarriles Nacionales que el Tribunal dividió la vida del actor en dos etapas o períodos, apartándose así de la base sentada por la Corte respecto de que la vida probable de Cardona debía tomarse en una sola etapa a partir de la fecha del accidente y de acuerdo con las tablas de supervivencia que en ese entonces regían en las compañías de seguros".

Tampoco aparece como admisible ésta objeción,

pues la Corte no expresó en su sentencia que la vida probable de Cardona debía tomarse en una sola etapa a partir de la fecha del accidente, sino todo lo contrario, dejó entender en forma clara que la vida probable del actor debía dividirse en dos períodos: el primero, desde la fecha del accidente hasta la fecha de la liquidación; y el segundo, desde la fecha de la liquidación hasta el término de vida probable.

En efecto, después de indicar cómo debía liquidarse, en general, la suma o cantidad que debía reconocerse, multiplicando la suma mensual en que resulte afectado el producto de las actividades del actor por el número de meses de vida probable que se le calcule según las tablas de las compañías de seguros, añade que debe descontarse luego el interés legal, siguiendo el procedimiento de las tablas de Garuffa **"en el tiempo comprendido desde la fecha de la liquidación hasta el término de la vida probable".**

Y es natural que así sea, porque se justifica el descuento de un interés sobre la suma que se paga por el futuro, que se entrega de una vez, mas no sobre la que se paga por el pasado, que ya ha corrido en la fecha de liquidación. El descuento se hace es "al entregarse por anticipado el capital que corresponde a las **futuras prestaciones periódicas",** pero no a las ya corridas en el momento de la liquidación.

La objeción comentada no debe, por tanto, prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, CONFIRMA la providencia apelada de que se ha venido hablando

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles.—Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN OCUPACIONES DEFINITIVAS DE PROPIEDADES PARTICULARES CON OCASION DE LA REALIZACION DE TRABAJOS PUBLICOS

1.-Como ya lo expuso en repetidas ocasiones la Corte, de los textos de los artículos 30 y 33 de la Constitución Nacional, se deduce que ésta "ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común".

2.—Cuando el lote de terreno que demanda el actor en acción reivindicatoria contra el poseedor, hace parte de otro mayor que pertenece en su totalidad al demandante, nada impide que éste solicite como primera petición de la demanda la declaración de ser dueño de todo el globo de tierra. Tal declaración entraña una acción petitoria, o más bien, un hecho fundamental necesario para reclamar la entrega de la porción poseída. La acción reivindicatoria no recae sino sobre este lote, sobre él versa exclusivamente la petición de entrega en razón de estar los demandados en posesión de él y pertencer al demandante todo el globo.

Así lo expresó también la Sala de Casación Civil (G. J., Tomo XXXV pág. 298), reproducida por la Sala de Negocios Generales en auto de 30 de agosto de 1952.

3.—Piensa la Corte que la destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo de adquirir el dominio, de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de los particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible (V. auto Sala de Negocios Generales de 30 de agosto de 1952).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry)

El doctor Pedro A. Cepeda y Roca, actuando como mandatario especial de la señora Zoila Rosa Roca vda. de Insignares, presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla demanda ordinaria contra la Nación, en la cual solicita las siguientes declaraciones:

"**Primera.** — Que la demandante, señora Zoila Rosa Roca vda. de Insignares tiene la propiedad o el dominio de la superficie del lote de terreno que individualiza en el hecho 1º de esta demanda, el cual se encuentra situado en la banda oriental del caño denominado 'Ciénaga' o 'Tablaza' y sale a la banda occidental del Río Magdalena en el lugar llamado 'La Loma' del área o perímetro urbano de Barranquilla, cuyo derecho comprueba plenamente con títulos inscritos otorgados con anterioridad a la expedición de la Ley 200 de 1936 (art. 7º) en que constan tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria y del cual está actualmente en posesión material la Nación.

"**Segunda.**—Que la señora Zoila Rosa Roca vda. de Insignares ha ganado por prescripción el dominio o propiedad de la superficie del lote de terreno que individualizo en el hecho 1° de esta demanda, ubicado como se dijo en la súplica anterior, pues comprueba, además de los otros requisitos legales, haberlo poseído materialmente y sumado a su posesión la de las personas que antecedieron en ella con explotación económica del suelo, por un lapso muchísimo mayor del término que las leyes señalan para prescribir. Hago esta petición como subsidiaria de la anterior.

"**Tercera.**—Que se condene a la Nación, actual poseedora material, a restituírle a la demandante,

señora Zoila Rosa Roca vda. de Insignares, in corpore el lote de terreno que individualizo en el hecho 1º de esta demanda por la situación, medidas y linderos que aparezcan comprobados en el juicio y dentro del término legal o el que se fije en la sentencia".

Por la petición cuarta, subsidiaria de la **Tercera** que se acaba de transcribir, se solicita que la condena a la restitución se haga con respecto a la zona o zonas no ocupadas con las obras de canalización o con cualesquiera otras realizadas allí por el Gobierno Nacional, y se condene a la Nación, a pagar en dinero a la demandante las otras porciones ocupadas con tales obras.

La súplica quinta, subsidiaria también, es del siguiente contexto:

"Que en el caso de que la Nación por su hecho, culpa y en su provecho se haya puesto en imposibilidad de restituírle in corpore a la demandante las partes o porciones del terreno individualizado en el hecho 1º de esta demanda, que el Gobierno Nacional no haya deteriorado o transformado en canales o en otras obras, se condene a la entidad demandada a pagarle en dinero a la citada demandante, dentro del término legal o el que se fije en la sentencia, el valor o precio que allí existían, por la situación, medidas y linderos señalados en la demanda o que se comprueben en esta litis y con los avalúos que se hagan en la forma legal y también aparezcan comprobados en el juicio, siendo entendido que dicho valor o precio debe determinarse en dinero".

Como fundamentos de estas súplicas se aducen los siguientes hechos:

1º "Que en la partición de un globo de tierras efectuada entre la señora Zoila Rosa Roca viuda de Insignares y la señorita Paulina Esther Roca I. y de que dá cuenta la escritura pública número 615 de fecha 10 de abril de 1947, otorgada en la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla, se adjudicó en propiedad a la primera de las nombradas o sea a la demandante, un lote de terreno de diez hectáreas trescientos metros cuadrados (10.300 m2.) que está formado por un polígono irregular, con ángulos entrantes y salientes, cuyo perímetro lo componen nueve (9) alineamientos rectos, el cual está ubicado en la banda oriental del caño denominado de 'Ciénaga' o 'La Tablaza', y sale a la banda occidental del río Magdalena, en el lugar llamado 'La Loma' del área o perímetro urbano de esta ciudad de Barranquilla y se comprende por las siguientes medidas y linderos: 'Por el Norte, entre los puntos 3 y f del plano elaborado por el Ingeniero Antonio Moreno Vives, protocolizado en el instrumento público citado, ciento sesenta y cinco metros (165 m.) siguiendo la orilla del río Magdalena; por el Este, línea quebrada entre los puntos C- D - E y F del plano, ochocientos cuarenta y dos metros (842 m.) y linda con terrenos que por este mismo instrumento se le adjudican a Paulina Esther Roca Insignares; por el Sur, línea quebrada entre los puntos A - B y C linda también con terrenos que por esta escritura se singularizan y adjudican a Paulina Esther Roca Insignares; y por el Oeste línea quebrada entre los puntos del plano, A- 1-2 y 3, ochocientos cincuenta y seis metros (856 m.), lindando así: Ochenta metros (80 m.) con la orilla del antiguo caño de 'La Tablaza' siguiendo su orilla y setecientos setenta y seis metros (776 m.) lindando con terrenos de propiedad de Sara Isabel Roca de Cepeda".

'2º Que Zoila Rosa Roca vda. de Insignares había adquirido antes la propiedad del terreno que se deja individualizada en el hecho anterior, por medio de la partición efectuada entre ella y Paulina E. Roca Insignares, que se hizo constar en el instrumento público número 1772, de 16 de septiembre de 1946, otorgado en la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla, la cual, por haberse incurrido en errores, hubo de corregirse de una manera definitiva conforme a las voces de la escritura pública número 615, de fecha 10 de abril de 1947, pasada en la Notaría Tercera del Circuito de Barranquilla, que ya se ha citado en el hecho anterior.

"3º Que Zoila Rosa Roca vda. de Insignares y Paulina Esther Roca Insignares habían adquirido en común o proindiviso el terreno de mayor extensión que fue objeto de las particiones consignadas en los hechos 1º y 2º de esta demanda, en el divisorio surtido ante el Juzgado 1º del Circuito de Barranquilla, de un bien común, cuya cuenta de partición de fecha 15 de marzo de 1927, fue aprobada por el Juzgado el 23 de dicho marzo e inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla el 24 del citado marzo de 1927, habiéndose protocolizado el juicio referido por medio de la escritura pública número 522, de fecha 26 de marzo de 1927, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Barranquilla.

"4º Que don Pedro Antonio Roca y su señora, doña Carmen Insignares de Roca, padres legítimos de la demandante y de quienes ésta hubo en común con sus hermanos Julio C. Roca, Paulina Esther Roca I., Sara Isabel Roca de Cepeda y Luciano C. Cepeda Roca según las voces de la escritura pública número 1619 de 26 de diciembre de

1913, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla, mantuvieron la posesión material e inscrita en el terreno de que se trata en esta escritura, que habían adquirido en propiedad y ya cultivado con pastos artificiales llamados 'paja de paez', tal como se establece en los instrumentos públicos que más adelante relaciono y presento al Tribunal; posesión que siempre fue pacífica, tranquila y sin interrupción alguna a partir del año de 1882 hasta el deceso de los nombrados señor Roca y señora Insignares de Roca.

"5º Que la demandante, señora Zoila Rosa Roca vda. de Insignares suma a la posesión material e inscrita la que en dicho terreno tuvieron en la forma expuesta sus antecesores; posesión que desde 1913 tuvo ella en común con sus hermanos anteriormente indicados hasta llegar a los actos de partición realizados entre los herederos de don Pedro Antonio Roca y señora Carmen Insignares de Roca.

"6º Que en el terreno que es objeto de esta demanda han realizado la explotación económica del suelo, consistente en cultivos de pastos artificiales y mantenimiento de ganados, cercas de alambre, etc., tanto la demandante como todas las personas que le antecedieron en el dominio y en dicha posesión.

"....

"8º Que el lote de terreno que he individualizado en el hecho 1º de esta demanda, está situado dentro de una zona territorial de mayor extensión, denominada 'La Loma', ubicada en el perímetro urbano de la ciudad de Barranquilla, que la Nación destinó para las obras del Terminal Fluvial del puerto local de esta ciudad y de la cual entró en posesión material por fuerza de las disposiciones tomadas en el Decreto Ejecutivo número 2210 de 22 de diciembre de 1932, que corre publicado en el D. O. número 22172 de 27 de diciembre de dicho año y en alguna Resolución emanada del Ministerio de Industrias, la cual se comprende por los siguientes linderos generales: 'Por el Norte, con el río Magdalena; por el Sur, con el caño de 'Los Tramposos'; por el Este, con el río Magdalena; por el Oeste, con el caño denominado de 'Las Compañías' o de 'La Tablaza'.

"9º Que en la zona territorial denominada 'La Loma', ubicada y delimitada como queda dicho en el hecho anterior, la Nación, actual poseedora material, ha hecho obras para el puerto Fluvial o Terminal de Barranquilla, tales como canales, mediante dragados, permanentemente ocupados por las aguas, edificios para la Intendencia Fluvial de dicho puerto, para bodegas, camellones, etc., en algunas porciones de la expresada zona, otras las tiene ocupadas por semovientes y pequeñas obras del Ministerio de Guerra, y las restantes permanecen sin obra alguna y dándose el caso de que de algunas de éstas continuaron en posesión sus respectivos propietarios que las han enajenado a terceros que han construído allí edificios en donde funcionan algunas industrias conocidas.

"10º Que una parte del terreno que es objeto de esta demanda, la Nación lo deterioró y transformó mediante dragados en parte integrante del llamado 'Canal del Centro', permanentemente ocupado por las aguas; que otra parte de dicho terreno lo cupa el Ejército Nacional con semovientes de la remonta y con algunas pequeñas obras que se suponen hechas por el Ministerio de Guerra; y que el resto del expresado lote de terreno permanece inactivo bajo la vigilancia de los empleados de la Intendencia Fluvial de Barranquilla.

"11º Que la Nación por hecho y culpa suya y en claro provecho de ella, no sólo ha deteriorado o transformado en canales permanentemente ocupados por las aguas una parte del inmueble individualizado en el hecho 1º de esta demanda; otra la ocupa con elementos del Ejército Nacional, y el resto lo mantiene en su poder en estado de inactividad, sino que destruyó las mejoras que allí existían desde tiempo inmemorial, que eran permanentemente renovadas por los propietarios del terreno, inclusive por la demandante, con desconocimiento y perjuicio del derecho y de los intereses de ésta, y que consistían en pastos artificiales ('paja de paez') que cortaban y vendían los herederos de don Pedro Antonio Roca en mazos en el Mercado Público de Barranquilla, que está situado a pocas cuadras de dicho terreno y que también explotaban con ganados.

"12º Que la Nación entró en posesión material del lote de terreno que reclama la demandante, esto es, el que dejo individualizado en el hecho 1º de esta demanda, apoyándose en la imprecisa e ilegal calificación administrativa de baldío que se hizo en el precitado Decreto Ejecutivo número 2210 de 22 de diciembre de 1932 y en alguna Resolución emanada del Ministerio de Industrias, es decir, sin que antes hubiera mediado la calificación de propiedad que es esencialmente privativa del órgano judicial...".

"14º....".

El actor invoca como fundamentos de derecho, el Libro 2º, Título 7º, capítulos 1º y 2º del C. Civil, así como también el Título 12, Libro 2º, capítulos 1º, 2º, 3º y 4º de la misma obra; el art. 7º de la Ley 200 de 1936, y las demás disposiciones de

este estatuto legal; y del Código Judicial, el Libro 2º, Título XVIII, Capítulos 1º y 2º, y demás concordantes, y, por último, la jurisprudencia de esta Corte en relación con la interpretación del art. 7° de la Ley 200 ya citada, en casos análogos al de que trata la demanda.

Además de las escrituras citadas en la anterior relación de hechos, y del certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Barranquilla, a la demanda se acompañaron otros títulos traslaticios de dominio referentes al predio de la litis, de los cuales se hará mención en su debida oportunidad.

La sentencia apelada

El Tribunal **a quo** desató el pleito por medio de la sentencia de fecha 9 de mayo de 1949, contra la cual se han alzado ambas partes litigantes, declarando en ellas la propiedad sobre la superficie del lote alinderado en el hecho 1º del libelo de demanda, a favor de la actora, señora Zoila Rosa Roca vda. de Insignares, y absteniéndose de fallar sobre las demás súplicas, en razón de no ser competente para ello.

La acción de pago y la competencia de la Corte

En éste, como en los ya numerosos juicios que han venido a esta Sala de la Corte relacionados con idénticas peticiones respecto de otras zonas del globo denominado "La Loma", del perímetro urbano de Barranquilla, se ha suscitado el problema de la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la acción indemnizatoria o de pago, en el caso de que la Nación tenga ocupada la totalidad o parte del predio en litigio con obras de servicio público. El Tribunal al proferir la sentencia que se revisa, e inspirado en las conclusiones a que llegó esta Sala de la Corte en su fallo de 30 de junio de 1948, cuyos párrafos pertinentes transcribe, decidió que la competencia para la acción indemnizatoria de que se trata radica privativamente en la jurisdicción contencioso-administrativa, en virtud de lo estatuído por el artículo 261 de la Ley 167 de 1941, por tratarse en el presente caso de una ocupación con obras destinadas al Puerto Fluvial de Barranquilla.

Mas ocurre que esta misma Corte sentó una nueva doctrina al respecto, en sentencia de 23 de mayo de 1951, proferida en el juicio ordinario promovido por Andrés García y otros contra la Nación, relacionado también con los terrenos de La Loma, sentencia en la cual esta Sala tuvo oportunidad de reafirmar con mayor acopio de argumentos la doctrina sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de las acciones sobre pago del valor de la propiedad definitivamente ocupada con trabajos públicos. Pertenece a la ameritada sentencia el siguiente aparte que condensa el pensamiento de la Sala en torno a tan importante y transcendental cuestión:

"Planteado así el problema, estima la Sala que la cuestión de competencia suscitada por la Procuraduría no puede desatarse a la luz de las simples normas legales, sino tomando especialmente en cuenta los preceptos constitucionales que garantizan la propiedad privada frente a la administración, como en seguida ha de verse.

"Dice el artículo 76 del código judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia 'de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado...', entre las cuales indudablemente están comprendidas las que se relacionan con la propiedad; pero como la ley 167 de 1941, que es posterior a dicho Código, establece que la justicia contencioso-administrativa conoce privativamente de las indemnizaciones a cargo de la administración por causa de trabajos públicos, incluyendo de modo expreso el pago de las zonas ocupadas por este motivo (art. 33, ord. 2º; art. 52, ord. 7º; y Capítulo XXII del Código de lo Contencioso), de ahí se ha venido deduciendo que la justicia común no tiene hoy competencia para ordenar el pago de esas zonas.

"Pero estudiando más a fondo el asunto, juzga ahora la Sala que esta conclusión se opone a los principios constitucionales que se desprenden de los artículos 30 y 33 de la Carta, conforme a los cuales es al poder judicial o justicia ordinaria a quien corresponde conocer de las cuestiones relacionadas con la propiedad privada, en cuanto ésta pueda ser necesaria para servicios de utilidad pública o interés social.

"En efecto, el artículo 30 de la Carta establece que la enajenación forzosa de una propiedad por motivos de utilidad pública o interés social no puede realizarse sino mediante **sentencia judicial e indemnización previa.** Y el artículo 33 estatuye que 'en caso de guerra y sólo para atender al restablecimiento del orden público, la necesidad de una expropiación podrá ser decretada por autoridades que no pertenzcan al orden judicial...'; agregando además, de modo expreso, que en tal caso la propiedad sólo puede ser temporalmente

ocupada, y que la Nación será siempre responsable por sí o por medio de sus agentes.

"De todo lo cual se deduce que la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de ella), debe ser del conocimiento de la justicia común.

"Ni es extraño que sea una misma la jurisdicción que deba conocer de estas cuestiones, tratándose de un país en que la propiedad privada se impone por igual al respeto de la administración y de los particulares; circunstancia que ha servido para que en otros países se llegue a una solución análoga en estos casos, como respecto de Francia lo anota Jean Appleton en los siguientes términos:

"La jurisprudencia ha deducido de la competencia reconocida por la ley a la autoridad judicial en materia de expropiaciones por causa de utilidad pública, una consecuencia importante: esa competencia se ejercerá en lo tocante a indemnizaciones siempre que la administración, por un medio cualquiera y sin consentimiento del propietario, haya anexado a su dominio un bien, desposeyendo definitivamente a su legítimo dueño. En efecto, si con el fin de proteger la propiedad la competencia judicial se ha instituído cuando la desposesión definitiva y total se opera en provecho de la administración en condiciones regulares y con las formalidades protectoras de los derechos privados, dicha competencia debe existir **a fortiori** cuando tales formalidades se han omitido" (Curso Elemental de lo Contencioso Administrativo, pág. 163).

"Así, pues, para la Corte es incuestionable la competencia de la justicia común para conocer de las distintas acciones ejercitadas en el presente juicio, a pesar de las disposiciones del Código de lo Contencioso a que alude la Procuraduría en su alegato; y ello porque estando estas disposiciones, como se ha visto, en oposición a claros principios constitucionales, es apenas natural que sean éstos los que deban prevalecer, máxime cuando el artículo 76 del C. J. establece, en armonía con tales principios, que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia 'de todos los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado' ".

Con base en esta jurisprudencia, que descansa en claros y terminantes mandatos constitucionales, esta misma Sala ha venido fallando numerosos juicios como el actual, promovidos por otras tantas personas dueñas titulares de los terrenos de "La Loma" que sería largo relacionar aquí. Es suficiente agregar que con éste van dictados nueve fallos en los cuales se ha dado aplicación a la doctrina transcrita.

Procedencia de la acción

Reitera en este juicio el representante de la Nación demandada la tesis sobre improcedencia tanto de la acción declarativa de dominio como la de restiución, toda vez que su objeto es "un bien que por virtud de actos y operaciones administrativos ha adquirido la calidad de bien de **uso público por destinación".**

En efecto, en su alegato final, sienta el señor Procurador Delegado, sobre este particular, estos dos puntos concretos:

"1º La acción declarativa de dominio en casos como el presente no tiene cabida por carecer de las condiciones que los procesalistas exigen para su procedencia aislada de toda otra acción. Acumulada a las de condena, como acaece en este litigio, ofrécese apenas un caso de simple **acumulación aparente,** pues aunque se aduzca como súplica de la demanda, en realidad con ésta se presenta un hecho, el de dominio, que es base de las condenas perseguidas en juicio principalmente;

"2º No es viable la acción reivindicatoria respecto de inmuebles que se han transformado **en bienes de uso público por destinación,** mediante actos administrativos que los destinan a un servicio público".

A continuación reproduce textualmente la extensa exposición que hubo de pronunciar en las audiencias llevadas a efecto en el juicio incoado por la señora Sara Isabel Roca de Cepeda contra la Nación, sobre los anteriores puntos y otros más de su defensa.

Para no incurrir en una innecesaria repetición de las claras y convincentes razones que militan en favor de la prosperidad de las súplicas de este juicio, estima la Sala suficiente transcribir las conclusiones a que se llegó en la sentencia que puso fin al expresado proceso, fechada el 30 de agosto del corriente año, y que dicen así.

"1º En cuanto al primer punto, es suficiente con advertir que el predio de la demanda, como se ve-

rá posteriormente, está comprendido dentro de los terrenos llamados de 'La Loma', que fueron destinados por el Gobierno Nacional para las obras del puerto local de Barranquilla, a título de baldíos (Decreto Nº 2210 de 1932 y Resolución del Ministerio de Industrias Nº 223 del mismo año....); de donde resulta claro que si la Nación partió de la base de que tales terrenos le pertencían, no puede negarse el interés del demandante para la declaración de dominio solicitada.

"La incertidumbre en las acciones de mera declaración —expresa Chiovenda— 'debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho exterior objetivo que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de terceros; el hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo, haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho del actor.

"Asímismo es pertinente, dadas las modalidades del presente negocio, la siguiente doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte:

'Cuando el lote de terreno que demanda el actor en acción reivindicatoria contra el poseedor, hace parte de otro mayor que pertenece en su totalidad al demandante, nada impide que éste solicite como primera petición de la demanda la declaración de ser dueño de todo el globo de tierra. Tal declaración entraña una acción petitoria, o más bien, un hecho fundamental necesario para reclamar la entrega de la porción poseída. La acción reivindicatoria no recae sino sobre este lote, sobre él versa exclusivamente la petición de entrega en razón de estar los demandados en posesión de él y pertenecer al demandante todo el globo...' (GACETA JUDICIAL Tomo XXXV, página 298).

"2º Respecto de la otra argumentación de la Procuraduría, estima la Corte que habiéndose contestado a ella en sentencia de quince de julio pasado, en un negocio semejante sobre predios de 'La Loma' en que también se hizo valer, no es necesario sino reproducir aquí lo que entonces se dijo, en los siguientes términos:

'Para resolver el punto ha de admitirse que el artículo 674 del Código Civil clasifica los bienes de la Nación en dos categorías: son bienes de uso público aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes, como el de calles, plazas, puentes y caminos; y son bienes fiscales, aquellos cuyo uso no pertence generalmente a los habitantes. División de importancia, pues los primeros son inalineables o imprescriptibles, esto es, quedan fuera del derecho común mientras que los segundos han de mirarse como de naturaleza igual a la de los bienes particulares.

'Al respecto piensa la Sala que la destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo ni título de adquirir el dominio de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de los particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible.

'Además, la circunstancia de que por razones de interés general no pueda ordenarse la restitución o entrega del bien al demandante, por haberse incorporado a una obra pública o de servicio público, no quiere decir que no se halle consagrada en la ley civil la acción correspondiente para obtener el pago de su valor, acción que también se halla dentro del título de la reivindicación y que la Sala ha declarado viable en casos similares' ".

El dominio y pruebas que lo demuestran

La propiedad inscrita de la demandante sobre el lote de terreno a que se refiere la demanda se encuentra ampliamente demostrada en los autos, así como también la tradición necesaria para establecer que dicho terreno dejó de ser baldío, de conformidad con las disposiciones de la Ley 200 de 1936 (Ley de Tierras), que rige esta clase de controversias.

En efecto, de los títulos debidamente registrados que obran en este proceso se establecen las siguientes transferencias:

Por medio de la escritura pública Nº 615, otorgada ante el Notario 3º del Circuito de Barranquilla el 10 de abril de 1947, la demandante Zoila Rosa Roca v. de Insignares y la señorita Paulina Esther Roca Insignares, legalizaron la partición de un globo de tierra situado en el lugar conocido con el nombre de "La Loma", de una extensión superficiaria de 30 hectáreas, 920 metros cuadrados. Correspondió a la demandante Zoila Rosa Roca vda. de Insignares, conforme lo expresa la hijuela respectiva, "un lote de diez hectáreas trescientos metros cuadrados, que es el resto del terreno que se divide", alinderado conforme se expresa en el hecho 1º de la demanda.

Consta en este título que al protocolo respectivo se adjuntó el plano del terreno a que aquél se refiere, levantado por el doctor Antonio Moreno Vives (fols. 50 a 54 del C. Nº 2).

En la escritura número 522 de 26 de marzo de 1927, de la Notaría Primera de Barranquilla aparece que la señora Zoila Rosa Roca v. de Insignares adquirió los derechos de propiedad que fueron materia de la partición de que se hizo referencia anteriormente, en el juicio divisorio seguido ante el Juez 1º Civil del Circuito de Barranquilla, protocolizado en la referida escritura, juicio promovido por la prenombrada demandante, por Sara Isabel Roca de Cepeda y Luciano Cepeda Roca.

Tales derechos los hubo la precitada señora Roca de Insignares por adjudicación que se le hizo en la quinta parte de los terrenos en cuestión, junto con María Isabel Roca de Cepeda, Paulina Esther Roca Insignares, Julio C. Roca y Luciano Cepeda Roca, en los juicios de sucesión acumulados de sus padres Pedro Antonio Roca y Carmen Insignares de Roca. La hijuela correspondiente a la demandante Zoila Rosa Roca vda. de Insignares consta de la escritura Nº 1619 de 26 de diciembre de 1913, otorgada en la Notaría 1ª de Barranquilla (fol. 17 del C. Nº 2).

Consta, además, de la escritura Nº 172 de 22 de enero de 1923, de la misma Notaría 1ª (fol. 3º del C. Nº 2), que en la división del terreno proindiviso de que trata el título que se acaba de citar, realizada entre las adjudicatarias Zoila Rosa Roca v. de Insignares, Paulina Esther Roca I. y Sara Isabel Roca de Cepeda, correspondió a la primera "una tercera parte" del lote de treinta hectáreas ochocientos ochenta y un metros cuadrados y diez y siete decímetros cuadrados, situado en el lugar nombrado "La Loma".

El lote de terreno de que se ha venido hablando lo hubieron los causantes Pedro A. Roca y Carmen Insignares de Roca en la siguiente forma:

Por escritura Nº 28 de 9 de febrero de 1882, de la Notaría de Barranquilla, se protocolizó el juicio de sucesión de Florentino Valle. En dicho juicio se adjudicó a María de los Santos Blanco de Valle "un potrero situado en el lugar llamado La Loma".

María de los Santos Blanco de Valle, por medio de la escritura Nº 56 de 12 de marzo de 1889, de la Notaría 1ª de Barranquilla, vendió a Juan Garzón "un potrero situado en terreno perteneciente a la jurisdicción de este Distrito Municipal en el lugar nombrado "La Loma" en la banda oriental del caño que llaman de "La Tablaza", cuyo potrero mide de Norte a Sur, ochenta metros, y de Oriente a Occidente, ciento diez y siete metros, y linda por el Norte, Sur y Oriente con predios rurales del señor Pedro Antonio Roca; y por el Occidente con el expresado caño de "La Tablaza".

Por escritura Nº 375 de la misma Notaría, de fecha 6 de noviembre de 1889, Juan Garzón vendió a Pedro Antonio Roca el potrero a que se acaba de hacer referencia.

Por escritura Nº 93 de 28 de febrero de 1890, de la misma Notaría, Juana Puente vendió a Pedro A. Roca "un globo de terreno sembrado de paja de paez ubicado en el lugar nombrado "La Loma", que mide veinticinco metros por sus lados oriental y occidental y cincuenta y cuatro metros por los lados Sur y Norte.

Finalmente, por escritura Nº 214 de 26 de octubre de 1887 pasada en la Notaría 1ª de Barranquilla, cada uno de los señores Nicolás Ballestas, Concepción Guillén, Francisco Mesa Jiménez, David de la Rosa, José Faustino Lubo, Matías Barraza y Guillermo Duncan, vendieron a Pedro Antonio Roca "una porción de terreno comunal, rozado y preparado para establecer potrero, situada a inmediaciones de esta ciudad, en el lugar nombrado La Loma".

Toda esta larga tradición se halla debidamente inscrita, según aparece de la certificación expedida el 6 de junio de 1947 por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla, a la cual pertenecen estos últimos puntos demostrativos de la propiedad invocada por la actora:

"17º Que el registro del título a favor de Zoila Rosa Roca viuda de Insignares, no aparece que haya sido cancelado por ninguno de los medios que señala el artículo 389 del Código Civil, de conformidad con la matrícula Nº 19652.

"18º Que el inmueble materia de este certificado, como de propiedad de Zoila Rosa Roca viuda de Insignares, aparece libre de hipoteca, censo, anticresis, embargo judicial, demanda civil, etc., según matrícula indicada".

Identificación del predio

Esta prueba se practicó por el Tribunal de Barranquilla el día 16 de abril de 1948, mediante inspección ocular con peritos ingenieros, diligencia que se extendió no solamente al predio materia de la litis, sino al globo general de "La Loma", según los linderos de este último señalados en el decreto Nº 2210 de 1932.

Como se verá de las trascripciones que en seguida se harán, la identificación del lote de que se trata en el hecho 1º de la demanda se logró en forma completa, así como también se estableció que dicho terreno se encuentra actualmente ocupado por el Gobierno Nacional con obras de ca-

nalización del Terminal de Barranquilla, y con semovientes de propiedad del Ejército Nacional.

Se expresan así, en efecto, los peritos doctores Federico Prieto Namías y Manuel Marthes en su dictamen:

"1º El lote de terreno que es objeto de este juicio y de esta prueba, lo hemos identificado recorriendo el terreno por todas sus partes y se localiza y está comprendido en el perímetro urbano de Barranquilla, en la zona territorial denominada 'La Loma'. Los límites generales de 'La Loma' son: Por el norte, con el Río Magdalena; por el Sur con el caño denominado 'Los Tramposos'; por el Este con el Río Magdalena y por el Oeste, con el antiguo caño denominado de 'Las Compañías' o de 'La Tablaza'...;

"2º El lote de terreno que es objeto de este juicio se halla relacionado en el hecho primero de esta demanda y en el aparte b). Lo hemos identificado, dentro de la zona territorial llamada 'La Loma', alinderada en el punto anterior, y se halla comprendido por las siguientes medidas y linderos: (Aquí los citados en el hecho primero de la demanda, transcritos al principio de esta sentencia);

"3º En el plano que adjuntamos aparece el lote que es objeto de este juicio, así como también los detalles topográficos, construcciones, canales, cercas, industrias, etc.) adyacentes a dicho lote. En la elaboración de este plano hemos tenido en cuenta los siguientes: a) el plano oficial de Barranquilla, levantado por la casa Gehbaret y Compañía en 1920; b) el plano levantado por el Instituto de Mariología; c) el plano elaborado por el Ingeniero doctor Antonio Moreno Vives que figura en el expediente". "...5º bis) En la zona territorial denominada 'La Loma' ha ejecutado el Gobierno Nacional las siguientes obras: ...Al identificar el terreno reclamado por la demandante, dentro de la zona territorial llamada 'La Loma', hemos observado que ha sido deteriorada y trasformada en canales cubiertos por las aguas para las obras del Puerto Fluvial de Barranquilla, una área de ocho mil seiscientos setenta y tres metros cuadrados (8.673 m2.), la cual se indica en el plano elaborado por nosotros en color amarillo; se encuentra una cerca recta que atraviesa el terreno, construída por el Ministerio de Guerra con posterioridad a 1946, para aislar a los animales de la remonta en determinado lugar del terreno; por último, la observación del piso del terreno y la comparación entre el plano topográfico de Malariología y el de la Casa Gehabardt, indican que el material extraído en los dragados hechos por el Gobierno Nacional fue depositado en gran parte en los terrenos de la demandante, o sea en el área que no ha sido deteriorada y que corresponde a noventa y ur· mil novecientos treinta y seis metros cuadrados (91.936 m2.). Esta área, que no ha sido deteriorada, se encuentra bajo la custodia o vigilancia de la Intendencia Fluvial y del Ministerio de Guerra, y aparece en el plano de color rojo...".

La diligencia en cuestión fue complementada con la que se practicó a solicitud de la actora el 2 de junio siguiente, con el fin de llevar a efecto la localización de algunos puntos de la alinderación del lote cuestionado, por haber sido ello imposible de practicar en la inspección primitiva.

La identificación de tales puntos se logró plenamente, como consta de la respectiva acta (fol. 23 v. del C. Nº 3), con base en las observaciones ya realizadas por los peritos ingenieros anteriormente nombrados, y consignadas en el dictamen pericial que se acaba de transcribir.

La Sala atribuye a la prueba de que se ha hecho mérito pleno valor demostrativo, ya porque el dictamen pericial se halla bien fundamentado, ya también porque contra él no se presentó oportunamente ninguna tacha u observación que lo hagan dudoso o contradictorio.

Respecto al hecho concerniente a la ocupación del lote de la litis por el Gobierno Nacional, obra también, en corroboración a las afirmaciones de los peritos y a lo observado por el Tribunal durante la diligencia de inspección ocular, el testimonio de los señores Manuel Fonseca P. y Mauricio Heilbron, solicitado durante el término probatorio de esta alzada (fols. 20 v. a 22 frente del C. Nº 10), quienes de manera uniforme expresan que desde el año de 1932 "la Nación tomó posesión del mencionado lote de terreno de la familia Roca y ejecutó en él las obras del Terminal Fluvial de Barranquilla".

Determinación y avalúo de la zona ocupada

De la prueba analizada se destaca, pues, en forma precisa e indubitable, que la zona o área afectada con las obras de canalización del Terminal Fluvial de Barranquilla dentro del lote de la actora, alinderado como se ve en el hecho primero de la demanda, es de 8.673 metros cuadrados, señalada en el plano levantado por los peritos con color amarillo, y la cual está formada por la figura geométrica de un trapecio.

Los peritos, con razones que la Sala comparte integralmente, estimaron el valor de la zona ocupada en referencia, a razón de un peso ($ 1.00)

moneda legal el metro cuadrado, con base en lo cual determinaron así el monto total del valor de la expresada faja de terreno:

"Porción de ocho mil seiscientos setenta y tres metros cuadrados (8.673 m2.) a razón de un peso ($ 1.00) moneda legal cada metro cuadrado $ 8.-673.00".

Consideraciones finales

De lo expuesto hasta aquí se deduce claramente que la demanda de que ahora se trata debe prosperar, toda vez que la actora ha probado ampliamente su derecho de propiedad inscrita sobre el lote de terreno que reclama, derecho consagrado por el art. 7º de la Ley 200 de 1936.

Mas ha de reconocerse, a la vez, que la restitución impetrada solamente cabe respecto del área de 91.936 metros cuadrados en que no existe obra alguna adscrita al servicio del Terminal Fluvial de Barranquilla, y de ninguna manera respecto de la porción ocupada por dichas obras, ya que a tal devolución se oponen motivos de interés público. De consiguiente, respecto de esta última porción, cuya área, según se ha visto, es de 8.673 metros cuadrados, habrá de ordenarse su pago a cargo de la Nación, de acuerdo con el avalúo pericial de que anteriormente se hizo referecia.

De conformidad con estas conclusiones, es lógico que la declaración primera hecha en el fallo recurrido debe confirmarse, y que ha de ordenarse, en consecuencia, la devolución a la demandante de la zona no ocupada por las obras del Terminal Fluvial, y el pago del resto del expresado lote por parte de la Nación, a quien la demandante deberá traspasar por medio de la correspondiente escritura pública la propiedad de dicha zona ocupada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.—Confírmase el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, en el cual se declara que la señora Zoila Rosa Roca viuda de Insignares es dueña de la superficie del terreno especificado en dicho punto.

Segundo. — Revócase el punto segundo de la misma sentencia, y en su lugar, condénase a la Nación a restituír a la demandante señora Zoila Rosa Roca viuda de Insignares el inmueble antes mencionado, con excepción del área de ocho mil seiscientos setenta y tres metros cuadrados (8.673 m2.) ocupada por las obras de canalización del Terminal Fluvial de Barranquilla, construídas por el Gobierno Nacional.

Tercero.—Mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública, la Nación pagará a la expresada señora Zoila Rosa Roca vda. de Insignares la suma de ocho mil seiscientos setenta y tres pesos ($8.673.00) moneda legal, como valor de la zona o faja ocupada por las obras en referencia.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvanse los autos al Tribunal de su procedencia.

Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles.—Jorge García Merlano, Secretario.

EL CONTRATISTA TIENE DERECHO A INTERVENIR COMO COADYUVANTE EN EL JUICIO ORDINARIO QUE SE SIGA CONTRA LA NACION, SOBRE PROPIEDAD DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Si bien es cierto que no se trata en el caso de autos de un juicio breve y sumario de oposición, sino de uno ordinario contra la Nación, sobre propiedad del suelo y del subsuelo de terrenos que se afirma salieron definitivamente del patrimonio del Estado, en virtud del título emanado del mismo, no se vé la razón para negar al contratista su derecho a intervenir en el juicio ordinario de que se trata, al menos como coadyuvante, cuando su interés jurídico es el mismo, y cuando además un nuevo y legítimo interés le vincula a la defensa de la Nación, a saber: que la sentencia que haya de pronunciarse en este segundo juicio no altere o modifique la situación jurídica reconocida en el fallo recaído dentro de la oposición a la propuesta, con lo cual quedarán definitivamente protegidos los derechos y obligaciones surgidos del contrato.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y dos.

El señor John O. Bower, en su carácter de Gerente de la Compañía Texas Petroleum Company, sociedad norteamericana con negocios en Colombia, ha solicitado en memorial de fecha 1º de agosto pasado, se admita a dicha Compañía en este juicio en calidad de coadyuvante de la causa de la Nación demandada. En el mismo escrito designa como apoderado especial al doctor Bernardo J. Caycedo, quien manifiesta que acepta el poder y ratifica la solicitud.

Como hechos sustentadores de la intervención señala los que se pasa a transcribir:

"1º Con fecha 13 de diciembre de 1948 se radicó en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca la demanda propuesta ante esta misma entidad por los señores Alfredo Martín C. y otros, apoderados por el doctor Enrique A. Becerra, contra la Nación, para que mediante los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía se declarara 'que por virtud del denuncio y remate realizados por Valentín Martín, ante el Escribano Real, con las formalidades legales en la ciudad de Santa Fe, el 11 de julio de 1774, y en presencia del señor doctor don Benito Casal y Montenegro, Oidor y Juez Privado de Tierras y Baldíos, dejaron de ser de propiedad del estado y entraron al dominio del rematante Valentín Martín, las tierras con todas sus anexidades naturales del suelo y subsuelo, comprendidos en un globo de terreno, situado en jurisdicción de la ciudad de San Martín, provincia de los Llanos, comprendido dicho globo de tereno dentro de los siguientes linderos: Desde el río Upía en el sitio que llaman Las Barrancas, hasta la quebrada Macapay que entra en el Río Cabuyaro, y éste al dicho Upía, éste y dicha quebrada arriba, hasta el pie de la serranía desde el nacimiento de dicho río hasta el de la enunciada de dicha quebrada; ésta abajo hasta donde entra el río Cabuyaro, y éste abajo hasta juntarse con el expresado río Upía, y éste arriba hasta dicha ceja de la serranía, lote éste de terreno que mide poco más o menos diez y seis estancias de caballería, según la medida realizada ante el Alcalde Ordinario de la ciudad de San Martín del Puerto, don Silverio Escobar por los testigos Gregorio Duarte, Diego Calderón y José Bernal, según diligencia realizada en los días cuatro, seis y ocho de 1773".

"2º Que mediante resolución de 1º de diciembre de 1938 el Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Petróleos— admitió la propuesta formulada por la Texas Petroleum Company y registrada bajo el número 44 para explorar y explotar petróleo de propiedad nacional en un globo de terreno de 100.000 hectáreas situado en jurisdicción de los Municipios de Medina (Cundinamarca) Macanal y Campohermoso (Boyacá) y corregimientos de Barranca de Upía y Cabuyaro (Intendencia del Meta).

"3º Que a esta propuesta se ocpuso (sic) el señor Leonardo Daza Espejo, Roberto y María Bunch, Luis Cuervo Márquez, Roberto Suárez,

alegando propiedad privada del petróleo, y varios colonos.

"4º Que por resolución de 12 de abril de 1940 el Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Petróleos— admitió las oposiciones formuladas por los señores Leonardo Daza Espejo, Roberto y María Bunch, Luis Cuervo Márquez y Roberto Suárez, y ordenó el envío del expediente a la Sala de Negocios Generales.

"4º Que por sentencia de 14 de diciembre de 1945, de que fue magistrado ponente el doctor Aníbal Cardoso Gaitán, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declaró infundadas la totalidad de las oposiciones mentadas.

"6º Que, comparados los linderos adscritos en el hecho 1º, corresponden a los mismos que presentó el señor Leonardo Daza Espejo en la oposición, ante el Ministerio de la Economía Nacional y los dos a su vez corresponden a un predio comprendido parcialmente dentro del área de la propuesta registrada bajo el número 44.

"7º Que, el 14 de junio de 1951 se suscribió entre el señor Ministro de fomento y el doctor Bernardo J. Caycedo, este último en su calidad de apoderado de la Texas Petroleum Company, el contrato de exploración y explotación de petróleo correspondiente a la propuesta Nº 44, y que dicho contrato, conocido con el nombre de 'Concesión Guavio', fue aprobado por el Excelentísimo señor Presidente de la República, el día 26 de julio de 1951, previos los conceptos favorables del Consejo Nacional de Petróleos, y del Consejo de Ministros, emitidos el 19 de junio y el 6 de julio del año en curso, respectivamente.

"8º Que por sentencia de abril 2 de 1951, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, falló el litigio de que se ha hecho mención en el primer hecho, sentencia que fue apelada y se encuentra a su despacho para segunda instancia".

En demostración de estas afirmaciones, se adjuntaron al escrito de coadyuvancia los siguientes documentos:

1º Certificado expedido por el Secretario General del Ministerio de Fomento, el 30 de julio de 1951, en el cual consta ser cierto que por resolución de 1º de diciembre de 1938, proferida por el Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Petróleos—, se admitió la propuesta Nº 44 para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional sobre un globo de 100.000 hectáreas, ubicado en los municipios de Medina, Macanal y Campohermoso, y corregimientos de Barranca de Upía y Cabuyaro, formulada por la Texas Petroleum Company; que el señor Leonardo Daza Espejo, Roberto y María Bunch y otros formularon oposiciones contra dicha propuesta, diciéndose dueños del suelo y subsuelo de la misma propuesta; que las oposiciones en referencia fueron remitidas a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, entidad que en el fallo de 14 de diciembre de 1945 las declaró infundadas en su totalidad; que comparadas las alinderaciones dadas por Leonardo Daza Espejo en su mencionada oposición y por el doctor Gabriel E. Becerra, apoderado de Alfredo Martín, en la demanda ordinaria de que trata este juicio, "resulta una coincidencia total en la descripción de tales linderos; y que el 14 de junio de 1951 se suscribió entre el Ministerio de Fomento y el doctor Bernardo J. Caycedo, representante de la Texas Petroleum Company, el contrato de concesión de petróleos conocida con el nombre de "Concesión Guavio", contrato que recibió la correspondiente aprobación del Consejo Nacional de Petróleos y del Excelentísimo Señor Presidente de la República.

2º Certificados de la Cámara de Comercio de Bogotá respecto de la constitución legal de la Sucursal de Colombia de la Texas Petroleum Company y del carácter de Gerente de la misma Compañía del señor John O. Bower.

Por auto de 22 de agosto del año próximo pasado se decretó la admisión de la coadyuvancia de que se trata, con fundamento en el artículo 233 del C. Judicial.

Oportunamente el apoderado de la parte demandante, doctor Gabriel E. Becerra, presentó el escrito que obra al folio 17 de este cuaderno, en el cual manifiesta que se opone a la intervención solicitada, porque según el artículo anteriormente citado, la coadyuvancia en juicio sólo procede en favor de quien conforme a la ley puede aprovechar o perjudicar la sentencia que en él se dicte, y en concepto del opositor no se halla en esás circunstancias la Compañía, dado que ella carece de interés jurídico en el pleito; y además, porque en este juicio se trata de una acción de derecho común privado en la cual no tienen aplicación las disposiciones administrativas.

Abierta la articulación correspondiente y corrido el traslado del memorial de oposición al apoderado de la Compañía, este despacho, considerando que había hechos qué probar, dispuso recibir a pruebas el incidente por el término legal de nueve días, providencia que hubo de revocarse a solicitud de ambas partes, en vista de la manifestación hecha por el personero judicial de la Texas de que no tenía más pruebas que aducir dis-

tintas de las acompañadas con el memorial sobre coadyuvancia.

Corresponde, por tanto, a la Sala dictar la providencia que decida del mérito de la oposición, cuyos fundamentos fueron más ampliamente expuestos en el escrito presentado por el doctor Becerra con fecha 22 de septiembre del año pasado, que en síntesis expresa lo siguiente:

Para invocar el derecho consagrado por el artículo 233 del C. Judicial, la Texas Petroleum Company se funda en el hecho de haber celebrado con el Gobierno Nacional el contrato de 26 de julio de 1951, sobre exploración de yacimientos petrolíferos en una zona de terrenos de 100.000 hectáreas, localizada en los municipios de Medina, Macanal y Campohermoso y corregimientos de Barranca de Upía y Cabuyaro, zona que tanto la Compañía como el Gobierno consideran de terrenos baldíos y consiguientemente de propiedad del Estado.

Ahora bien: según el artículo 233 del C. J., lo que determina el derecho para coadyuvar es el interés jurídico derivado del provecho o perjuicio que la sentencia pueda producir a quien pretende intervenir en el juicio, de acuerdo con los efectos asignados por el artículo 474 del mismo Código a la cosa juzgada. Tal ha sido la jurisprudencia reiterada de esta Corte, la cual ha dicho también que no es posible admitir una coadyuvación fundada en el reconocimiento anticipado de los hechos que van a ser materia de la decisión judicial que se persigue, porque ello implicaría no sólo una petición de principio, sino también la calificación en un incidente de los hechos y del derecho alegados en el pleito.

En sentir del opositor el caso de autos encaja en la doctrina expuesta, pues la Compañía pretende coadyuvar basándose en el contrato sobre exploración y explotación de petróleos en un terreno cuya concesión se solicitó como baldío, y, por tanto, de propiedad de la Nación, contrato que se firmó cuando ya el Tribunal había pronunciado su sentencia de primera instancia, declarando ese terreno de Guaicaramo de propiedad de los actores. Y como tal contrato no pudo realizarse sino bajo la errada creencia de que se trata de terrenos baldíos, admitirlo como fundamento de la coadyuvación en este juicio, es aceptar desde ahora que la Nación es dueña de los terrenos que le disputan los Martín y que, por tanto, puede conceder derechos sobre ellos, sin que todavía se haya decidido a quién pertenecen.

Cita igualmente el doctor Becerra el fallo proferido por esta Sala con fecha 21 de noviembre de 1938, en el cual luego de afirmar que "la intervención adhesiva o coadyuvante, que se divide en simple y calificada o especial, no procede sino en tanto que el tercero tenga un interés jurídico procesal, distinto del simple interés de hecho o económico", **ese mismo fallo señala algunos casos genéricos de tal interés.**

Transcribe en seguida el opositor varios apartes de los fallos de 27 de agosto y 30 de noviembre, ambos de 1940, y 29 de marzo de 1941, todos de esta misma Sala, en los cuales se reitera la doctrina de que no todo posible o eventual perjuicio o provecho justifican la intervención de un tercero en un juicio, y se consagra además esta otra: que para determinar cuáles son las personas que conforme a la ley puedan resultar favorecidas o perjudicadas con una sentencia, es preciso recurrir a las disposiciones procedimentales reguladoras de los efectos de la cosa juzgada (arts. 474 a 478 del C. J.), en cuanto se refiere a las relaciones de derecho que producen la identidad jurídica de personas.

De todas estas citas deduce el abogado opositor las siguientes conclusiones: que en el presente caso la Compañía sólo puede alegar un interés de carácter eventual o económico, derivado del contrato sobre exploración de petróleos, cuya efectividad depende de que el fallo sobre el dominio que se controvierte favorezca a la Nación; que tampoco está probada la identidad de objeto y causa que exige el artículo 747, pues la Compañía sólo aduce como base de su coadyuvación un contrato sobre exploración o búsqueda de petróleos, en el cual no hay enajenación del dominio ni nada por el estilo que constituya en causahabiente de la Nación a la misma Compañía; que en el caso de la Texas su pretendido interés sólo tuvo existencia por obra de actividades posteriores al fallo de primera instancia que reconoce el dominio de los actores, cuando —como lo ha dicho también la Corte— "el derecho de donde se derive el interés jurídico, debe existir, lo mismo que el perjuicio que se trata de evitar por ese medio **al tiempo de deducirse la acción** (Subraya el doctor Becerra), porque el derecho no puede reclamarse de futuro". Finalmente, que si la Compañía contrató con el ánimo de intervenir en el pleito, lo hizo sobre la eventualidad de que la Nación carezca de derechos para transmitirle y a sabiendas de esa eventualidad. En tales circunstancias, su interés jurídico no existe porque carece de los requisitos que sobre el particular exige la doctrina antes transcrita.

Remata esta serie de disquisiciones el doctor

Becerra llamando la atención de la Sala acerca de la circunstancia de que la misma Compañía se encarga de demostrar la falta de un verdadero interés procesal en la litis cuando en el escrito de coadyuvancia cita en su apoyo el precepto del artículo 30 de la ley 37 de 1931, según el cual la Nación no es responsable de ninguna prestación a favor del contratista de una concesión de petróleos "en caso de que un tercero demuestre en forma legal tener derecho sobre el petróleo materia del contrato". Para el personero de los demandantes, esto significa "que la Compañía al contratar con el Gobierno, después de que los actores en este juicio habían obtenido sentencia favorable a sus pretensiones, sentencia ya publicada en primera instancia, lo hizo a sabiendas de que el Gobierno no le confería siquiera el derecho a ser indemnizada en caso de que el petróleo fuera propiedad de un tercero...".

Y agrega: "Y si elGobierno se exonera de la obligación de derecho común relativa a la indemnización que comporta el incumplimiento de todo contrato bilateral, y si la compañía aceptó esa condición al contratar, ello quiere decir que ésta no representa derechos del Estado y de consiguiente carece de interés jurídico para intervenir en este pleito".

Refiriéndose, ya para finalizar su exposición el doctor Becerra, a la doctrina invocada por la Compañía en apoyo de sus pretensiones, sentada por esta Corte en auto de 24 de marzo de 1949, alega que ella se refiere a un caso enteramente distinto al de autos. Vale la pena transcribir lo que a este respecto se expone en el escrito comentado, porque, a no dudar, en él descansa la mayor fuerza demostrativa del jurista opositor. Dice así:

"Con efecto: según la demanda que originó este juicio, se trata de una simple declaración de dominio en favor de quienes por obra de un título de propiedad emanado del Estado se consideran dueños del lote de terreno a que dicho título se refiere, y de sus anexidades naturales del suelo y del subsuelo; sin que en el libelo correspondiente se trate o se pida nulidad de contratos sobre petróleos, realizados con anterioridad o posterioridad a la traba de la **litis contestatio,** que se realizó y se actuó sobre las declaraciones pedidas. Mientras que en el auto arriba referido se dice que de "Una de las súplicas de la demanda (la 6ª) persigue la declaratoria de nulidad de unos contratos de concesión y la otra (la 9ª) la de que se debe cancelar todos los contratos que el Gobierno haya celebrado o celebre y que se relacionan con los hidrocarburos que se encuentren en los terrenos de Marta, Colorado y Santa Clara". Y como fueron estas peticiones las que autorizaron a esa H. Corte para decretar la coadyuvación solicitada, porque quien la solicitó había celebrado un contrato sobre petróleos con el Gobierno, con anterioridad a la demanda y al advenimiento de la litis contestatio, hay que concluír que no hay paridad de casos entre éste y aquél, por falta de identidad, semejanza y siquiera analogía entre ellos, y, por consiguiente, no puede aplicárseles la misma doctrina".

Razones de la coadyuvancia

Por su parte, el apoderado de la Texas Petroleum Company hace la defensa de la solicitud de intervención, basado principalmente en la doctrina de esta Corte a que se refiere el aparte anterior del escrito del opositor, doctrina según la cual en los juicios ordinarios en que se ejercita la acción de dominio particular de un terreno sobre el cual ya se ha contratado una concesión de petróleos, cabe la coadyuvación del contratista en favor de la causa que le interese, pues quien se está beneficiando con un contrato, tiene aparte del económico, un interés jurídico cual es el de que ese contrato siga rigiendo y no sea anulado por la justicia ordinaria.

Anota además el mismo apoderado cómo el actor respalda su derecho en las disposiciones del estatuto sobre petróleo, o sea la ley 160 de 1936, con lo cual está diciendo, no obstante, que la demanda evita cuidadosamente mencionar los antecedentes de la propuesta que dió origen al contrato con la Texas, que la intención del demandante es obtener una definición judicial concerniente al dominio del petróleo en un terreno que ya había sido materia del juicio breve y sumario, dentro del cual fue parte la Compañía, y que sería aberrante oponerse a la coadyuvación solicitada "cuando ya la propuesta se ha convertido en contrato y ese interés tiene la clara configuración de un negocio jurídico".

Como remate de su argumentación en contra de la primera razón alegada por el doctor Becerra; transcribe el apoderado de la Compañía el aparte final del auto dictado con fecha 24 de marzo de 1949, en el cual esta Sala refuerza la doctrina que en providencias anteriores había venido desarrollando en torno a lo que debe entenderse por interés jurídico, con lo estatuído por el artículo 30 de la Ley 37 de 1931. "Esta disposición —se afirma en el auto citado— diciendo está, que cualquie-

ra que sea el fallo que aquí se dicte, afectará por reflejo, la Sociedad de Fomento Petrolero. Y es ésta una razón más para concluír que tal sociedad a fuer de contratista tiene franca la puerta para coadyuvar o defender la causa que le interesa en la forma permitida por el artículo 233 del C. J.".

Finalmente, el mismo apoderado de la Texas se refiere al segundo argumento expuesto por el opositor en el sentido de que "en este juicio se trata de una acción de derecho común privado, en la cual no tienen aplicación las disposiciones administrativas", para afirmar que con tal argumento el apoderado del demandante parece corregir una de las peticiones de la demanda y limitar sus pretensiones únicamente a la reivindicación del suelo o superficie del predio materia del litigio, ya que sólo en esa forma podría justificarse la no aplicación al caso de autos de las disposiciones administrativas concernientes al dominio del subsuelo petrolífero".

La Sala considera:

En primer término conviene examinar los planteamientos del litigio dentro del cual la Texas Petroleum Company pretende intervenir como coadyuvante de la parte demandada. Porque sólo mediante ese examen podrá resolverse, a la luz de las peticiones de la demanda y de los hechos en que el actor la funda, si el fallo que haya de dictarse bien sea en favor o en contra de la Nación habrá de afectar en alguna forma, un derecho amparado por la ley y del cual sea titular la expresada Compañía.

Dos fueron las peticiones principales impetradas por el actor, a saber:

Primera.—Que se declare que por virtud del remate realizado por Valentín Martín, el 11 de julio de 1774, en la ciudad de Santa Fe y en presencia del Oidor y Juez Privativo de Tierras y Baldíos doctor D. Benito del Casal y Montenegro, dejaron de ser de propiedad del Estado y entraron al patrimonio del rematante, las tierras con todas sus anexidades del suelo y subsuelo, comprendidas en un globo situado en jurisdicción de San Martín, Provincia de los Llanos, por los linderos que en esta petición se dan; y

Segunda.—Que se declare que por virtud de la sucesión por causa de muerte, el dominio del lote de terreno, en la forma y extensión expresados, con todas sus anexidades y accesiones naturales del suelo y subsuelo, corresponde hoy a la sucesión de dicho señor Martín y de su mujer Serafina Barreto de Martín, representada por los poderdantes del doctor Becerra.

Subsidiariamente se pidió se declarara "que por la tradición realizada por el Estado del inmueble arriba descrito, en la extensión indicada y con todas las anexidades dichas en favor de Valentín Martín, tal inmueble dejó de ser baldío sujeto al derecho público de la Nación, y siendo, por consiguiente, de dominio privado, quedó bajo el amparo del derecho privado civil, como adquirido por persona particular, de acuerdo con la Legislación vigente al tiempo de su adquisición".

Como hechos fundamentales de la acción, el actor expuso, en cuatro numerales distintos, todas las gestiones adelantadas por Valentín Martín ante las autoridades de la Colonia, hasta la expedición a favor del mismo del título del remate de "unas tierras en jurisdicción de la ciudad de San Martín, provincia de los Llanos, que se dice ser diez y seis estancias, en cantidad de setecientos cincuenta pesos'.

El derecho lo fundó en las disposiciones de la Legislación Española vigentes en la época de la adquisición del globo mencionado; en el artículo 188 de la Constitución Nacional de 1821, en la ley de 13 de octubre del mismo año, en varias disposiciones del C. Civil, y, finalmente, en las leyes 160 y 200 de 1936.

Mas a pesar de las muy respetables razones del apoderado Dr. Becerra, cree la Sala que no puede desconocerse a la Texas Petroleum Company su derecho para coadyuvar, en este juicio ordinario, la defensa de la Nación demandada, de acuerdo con la doctrina sentada por esta misma Sala en auto de 24 de marzo de 1949.

En efecto, está probado con la certificación expedida por el Secretario General del Ministerio de Fomento, que los terrenos de Guaicaramo fueron ya objeto de un juicio breve y sumario de oposición a la propuesta Nº 44, sobre exploración y explotación hecha por la expresada Compañía, propuesta admitida por el Ministerio de la Economía Nacional, según Resolución de 1º de diciembre de 1938.

Demostrado está igualmente que aquella oposición, formulada por el señor Leonardo Daza Espejo, se fundó en el remate efectuado por don Valentín Martín, en el año de 1774, ante el Juez Privativo de Tierras y Baldíos, don Benito del Casal y Montenegro, en esta ciudad de Santa Fe, título invocado también en este juicio como prueba de la

propiedad privada del suelo y subsuelo, que ahora nuevamente se discute por quienes alegan la misma calidad de causahabientes del rematador señor Martín.

Y acreditado se halla, finalmente, que la dicha oposición se declaró infundada, en sentencia proferida por esta Sala con fecha 14 de diciembre de 1945, habiendo procedido el Gobierno, en consecuencia, a celebrar con la Compañía el respectivo contrato de exploración y explotación de petróleos, de conformidad con lo prescrito en el inciso 5º del artículo 26 de la ley 37 de 1931.

Con base en estos antecedentes, es obvio que a la Texas Petroleum Company no puede serle indiferente el resultado de la litis trabada entre los sucesores del señor Martín y la Nación, pues si de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 de la citada Ley 37 de 1931, aquélla no queda obligada a prestación ni a indemnización alguna a favor de la misma Compañía, en caso de que en la sentencia que se dicte hubiere de reconocerse el dominio del petróleo respecto de los demandantes, ello está diciendo muy claramente que la existencia misma del contrato de que antes se habló, se halla vinculada al derecho que pueda tener la Nación sobre los petróleos que se encuentren en el subsuelo de los terrenos en disputa. En tales circunstancias es claro también que la Compañía tiene interés en coadyuvar la defensa de la entidad demandada, interés no simplemente económico sino jurídico procesal, reconocido y amparado por el art. 26 de la Ley 37 de 1931, conforme al cual el proponente del contrato es parte en el juicio breve y sumario de oposición.

Porque si bien es cierto que no se trata en el caso de autos de un juicio de esta clase, sino de uno ordinario contra la Nación sobre la propiedad del suelo y del subsuelo de terrenos que se afirma salieron definitivamente del patrimonio del Estado, en virtud de título emanado del mismo, no se vé la razón para negar al contratista su derecho a intervenir en el juicio ordinario de que se trata, al menos como coadyuvante, cuando su interés jurídico es el mismo, y cuando además un nuevo y legítimo interés le vincula a la defensa de la Nación, a saber: que la sentencia que haya de pronunciarse en este segundo juicio no altere o modifique la situación jurídica reconocida en el fallo recaído dentro de la oposición a la propuesta, con lo cual quedarán definitivamente protegidos los derechos y obligaciones surgidos del contrato.

Por lo demás, entiende la Sala dentro de una razonable interpretación de la demanda, y con base en algunos de los preceptos legales en que el actor la funda, que lo que se persigue a través de las dos peticiones arriba transcritas, es la declaración sobre propiedad particular del petróleo que pueda existir en los terrenos que fueron materia de la merced otorgada al señor Martín. Así lo da a entender el hecho mismo de que la acción vaya dirigida contra la Nación como presunta propietaria del subsuelo, y así habrá de interpretarse cada una de las peticiones de que se habla, porque de lo contrario no sería posible reconocerles ningún contenido jurídico, ya que el concepto del subsuelo resulta demasiado vago. Sobre ésto no es posible un criterio distinto, por lo menos mientras el actor no demuestre el error en que se encuentra la Sala al tratar de desentrañar el significado y alcance de las declaraciones demandadas.

En mérito de las consideraciones que anteceden la Sala RESUELVE:

Declárase infundada la oposición hecha por el apoderado de los demandantes a la solicitud sobre coadyuvación formulada por la Texas Petroleum Company y que había sido admitida por auto de 22 de agosto de 1951.

Se condena en costas al opositor.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry. — Luis Hernando Vargas V. Secretario.

SE REVOCA EL AUTO SUPLICADO.—LOS CONTRATOS O ACTOS DE LA ADMINISTRACION Y LOS DOCUMENTOS QUE REPOSEN EN LAS OFICINAS PUBLICAS, NO PUEDEN ACREDITARSE CON SIMPLES CERTIFICADOS DE FUNCIONARIOS OFICIALES SOBRE SU CONTENIDO

Los artículos 315 y 316 del Código Político y Municipal prevén, evidentemente, que los Jefes o Secretarios de las corporaciones u oficinas públicas "dan fe en los certificados que expidan relativamente a los negocios que le están confiados por razón de su empleo", certificados que se deberán expedir "si el asunto de que se trata no fuere reservado"; pero no es menos cierto que el artículo 320 ibidem preceptúa que "todo individuo tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existan en las Secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tengan carácter de reserva".

De donde deduce la Sala que las varias disposiciones del C. P. y M. antes mencionadas, interpretadas rectamente y en armonía con el artículo 632 del Código Judicial, no pueden tener sino estos alcances: que los Jefes o Secretarios de las oficinas administrativas pueden certificar válidamente sobre ciertos hechos relacionados con los negocios a su cuidado, tales como fecha y oportunidad en la presentación de memoriales, estado de los negocios, vencimiento de términos (pues de las simples actuaciones no resulta el día de ese vencimiento de términos) y otros análogos; mientras que si se trata de demostrar el contenido de documentos o providencias administrativas, lo único procedente es presentar las copias respectivas, formalmente expedidas. No es posible entender que la ley haya querido que los contratos o actos de la administración, o los documentos que reposen en las oficinas públicas, puedan acreditarse con simples certificaciones de funcionarios oficiales sobre su contenido; y menos aún, cuando el artículo 320 del C. P. y M., al autorizar las copias de documentos, se refiere sin duda a casos distintos de los previstos para las certificaciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

La Corte entró a conocer de este juicio ordinario contra la Nación por apelación de la sentencia de fecha dos de abril de mil novecientos cincuenta y uno, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá; sentencia, en que se resolvieron favorablemente a los demandantes las peticiones principales del libelo, formuladas en los siguientes términos:

"**Primera.**—Que por virtud del denuncio y remate realizados por Valentín Martín, ante el Escribano Real, con las formalidades legales en la ciudad de Santafé, el 11 de julio de 1774, y en presencia del Dr. Dn. Benito del Casal y Montenegro, Oidor y Juez Privado de Tierras y Baldíos, dejaron de ser de propiedad del Estado y entraron al patrimonio del rematante Valentín Martín, las tierras con todas sus anexidades naturales del suelo y del subsuelo, comprendidas en un globo de terreno situado en jurisdicción de la ciudad de San Martín, Provincia de los Llanos, comprendido dicho globo de terreno dentro de los siguientes linderos: Desde el Río Upía, en el sitio que llaman Las Barrancas, hasta la Quebrada Macapay que entra en el Río Cabuyaro, y éste al de dicho Upía, éste y dicha quebrada arriba hasta el pie de la Serranía; de suerte que se deslinda de este modo; toda la ceja de la Serranía desde el nacimiento de dicho Río hasta el de la anunciada de dicha quebrada; ésta abajo hasta donde entra el Río Cabuyaro, y éste abajo hasta juntarse con el expresado Río Upía, y éste arriba hasta dicha ceja de la Serranía, lote éste de terreno que mide poco más o menos diez y seis estancias de caballería, según la medida realizada ante el Alcalde Ordinario de la ciudad de San Martín del Puerto, don Silverio Escobar, por los testigos Gregorio Duarte,

Diego Calderón y José Bernal, según diligencia realizada en los días cuatro, seis y ocho de noviembre de 1773.

"**Segunda.**—Que por obra de la sucesión por causa de muerte, el dominio del lote de terreno ya descrito y deslindado en la forma hecha según la anterior declaración y en la extensión allí expresada, con todas sus anexidades y accesorios naturales del suelo y subsuelo y que perteneció a Valentín Martín por obra de la tradición realizada en el remate dicho, corresponde hoy a la sucesión de dicho Martín y de su mujer Cerafina Barreto de Martín, representada por sus herederos señores Alfredo Martín C., Sara Martín v. de Rico, Rebeca Martín C., Alberto Martín C., Elisa Martín C., Guillermo Martín C., Alfonso Martín C., Cecilia Martín C., Gustavo Quijano Torres, Esther Martín G., Paulina Martín G., Alejandro Martín Trujillo, Amelia Sastoque Martín de Becerra, Hersilia Torres Martín, Leonor Martín de Chaves, Blanca Martín de Merlano, Elvira Martín de Jiménez, Jorge Arturo Martín, Daniel Martín, Rosa Tulia Martín, Jaime Martín, Leonor Espinosa de Clavijo, Paulina Espinosa de Torres, Humberto Espinosa Peña, Beatriz Espinosa de Estrada y Salustiano Martín G.".

Tramitándose el negocio en la Corte por el señor Magistrado a quien le tocó en reparto, doctor Rafael Leiva Charry, solicitó la **Texas Petroleum Company,** en escrito de fecha 3 de agosto de 1951, que se la tuviera como coadyuvante de la Nación para defender la causa de ésta; a cuyo efecto, y a fin de demostrar el interés jurídico que le asistía para la coadyuvancia, presentó un certificado expedido por la Secretaría General del Ministerio de Fomento, en el cual se hace constar, entre otras cosas:

"1º Que por Resolución de 1º de diciembre de 1938 el Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Petróleos— admitió la propuesta formulada por la Texas Petroleum Company y registrada bajo el número 44 para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno de 100.000 hectáreas, situado en jurisdicción de los Municipios de Medina (Cundinamarca) Macanal y Campohermoso (Boyacá) y corregimientos de Barranca de Upía y Cabuyaro (Intendencia del Meta).

"2º Que por intermedio de apoderado y dentro del término legal formuló oposición a la mencionada propuesta el señor Leonardo Daza Espejo, con fundamento en la afirmación de que dentro de los linderos de la propuesta se incluía parcialmente un globo de tierras denominado Guaicaramo, del cual el opositor afirmaba ser propietario en suelo y subsuelo, y al cual se le asignaron los siguientes linderos: 'globo de tierra, en jurisdicción de San Martín, provincia de los Llanos, que es el terreno denominado Guaicaramo, que se contiene —dice el acta— desde el río de Upía, en el sitio que llaman Las Barrancas, hasta la quebrada de Macapay, que entra en el río de Cabuyaro, y éste al de dicho río Upía, éste y dicha quebrada arriba hasta el pie de la serranía, de suerte que se deslindaba de este modo: toda la ceja de la serranía, desde el nacimiento de dicho río, hasta el de la enunciada de dicha quebrada, ésta abajo hasta donde entra al río Cabuyaro, y éste abajo hasta juntarse con el expresado río Upía, y éste arriba hasta dicha ceja de la serranía'.

"3º Que la oposición del señor Leonardo Daza Espejo se fundó en el remate celebrado en esta ciudad, ante el Dr. Dn. Benito del Casal y Montenegro, Consejo de Su Majestad, su Oidor y Alcalde de Corte en la Audiencia y Cancillería Real y Juez Privativo de Tierras y Baldíos, a favor del señor Valentín Martín, el día 11 de julio de 1774.

"4º .....

"5º Que por Resolución de 12 de abril de 1940 el Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Petróleos— admitió las oposiciones formuladas por los señores Leonardo Daza Espejo, Roberto y María Bunch, Luis Cuervo Márquez y Roberto Suárez, y ordenó el envío del expediente de la propuesta 44 junto con las mencionadas oposiciones a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo ordenado por el artículo 5º de la ley 160 de 1936.

"6º Que por sentencia de 14 de diciembre de 1945, de que fue Magistrado ponente el doctor Aníbal Cardoso Gaitán, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declaró infundadas la totalidad de las oposiciones mencionadas en el punto anterior.

"7º Que de la comparación de los linderos asignados al globo de terreno de Guaicaramo en la oposición del señor Leonardo Daza Espejo y los que se asignan al mismo terreno en la demanda ordinaria promovida contra la Nación ante el Tribunal Superior de Bogotá por el doctor Enrique A. Becerra como apoderado de Alfredo Martín C. y otros, presentada el 26 de septiembre de 1949, resulta una coincidencia total en la descripción de tales linderos; y

"8º Que el día 14 de junio de 1951 se suscribió entre el señor Ministro de Fomento y el doctor Bernardo J. Caycedo, en su calidad de apoderado

de la Texas Petroleum Company el contrato de exploración y explotación de petróleos correspondiente a la propuesta Nº 44, y que dicho contrato conocido con el nombre de Concesión Guavio, fue aprobado por el Excelentísimo señor Presidente de la República el día 26 de julio de 1951, previos los conceptos favorables del Consejo Nacional de Petróleos y del Consejo de Ministros emitidos el 19 de junio y el 6 de julio del año en curso, respectivamente".

A la expresada solicitud de coadyuvancia se opuso el apoderado de los demandantes, doctor Gabriel E. Becerra B., basándose en que la Texas "carece de interés jurídico en el pleito", porque a su juicio, y de acuerdo con el artículo 233 del C. J., "sólo procede en favor de quien conforme a la ley pueda aprovechar o perjudicar la sentencia que en él se dicta".

En alegato posterior el doctor Becerra desarrolló el fundamento de su oposición, trayendo a cuento varias decisiones de la Corte sobre el particular; en tanto que a su turno el apoderado de la Texas, doctor Bernardo J. Caycedo, expuso también sus puntos de vista en favor de la coadyuvancia propuesta, dando las razones en que se apoyaba.

Después de lo cual, y concluído el trámite de la correspondiente articulación, el Magistrado que venía conociendo del negocio, doctor Leiva Charry, resolvió el punto por providencia de fecha cinco de agosto del corriente año, declarando "infundada la oposición hecha por el apoderado de los demandantes a la solicitud sobre coadvuyación formulada por la Texas Petroleum Company y que había sido admitida por auto de 22 de agosto de 1951".

En la motivación de tal providencia se dijo, partiendo de la base de que estaban satisfactoriamente acreditados los hechos a que se refiere el certificado de la Secretaría del Ministerio de Fomento antes transcrito:

"Con base en estos antecedentes, es obvio que a la Texas Petroleum Company no puede serle indiferente el resultado de la litis trabada entre los sucesores del señor Martín y la Nación, pues si de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 de la citada ley 37 de 1931, aquélla no queda obligada a prestación ni a indemnización alguna a favor de la misma Compañía, en caso de que en la sentencia que se dicte hubiera de reconocerse el dominio del petróleo respecto de los demandantes, ello está diciendo muy claramente que la existencia misma del contrato de que antes se habló, se halla vinculada al derecho que pueda tener la Nación sobre los petróleos que se encuentren en el subsuelo de los terrenos en disputa. En tales circunstancias es claro también que la Compañía tiene interés en coadyuvar la defensa de la entidad demandada, interés no simplemente económico sino jurídico procesal, reconocido y amparado por el artículo 26 de la ley 37 de 1931, conforme al cual el proponente del contrato es parte en el juicio breve y sumario de oposición.

"Porque si bien es cierto que no se trata en el caso de autos de un juicio de esta clase, sino de uno ordinario contra la Nación sobre la propiedad del suelo y del subsuelo de terrenos que se afirma salieron definitivamente del patrimonio del Estado, en virtud de título emanado del mismo, no se ve la razón para negar al contratista su derecho a intervenir en el juicio ordinario de que se trata, al menos como coadyuvante, cuando su interés jurídico es el mismo, y cuando además un nuevo y legítimo interés lo vincula a la defensa de la Nación, a saber: que la sentencia que haya de pronunciarse en este juicio no altere o modifique la situación jurídica reconocida en el fallo recaído dentro de la oposición a la propuesta, con lo cual quedarán definitivamente protegidos los derechos y obligaciones surgidos del contrato.

"Por lo demás, considera la Sala dentro de una razonable interpretación de la demanda, y con base en algunos de los preceptos legales en que el actor la funda, que lo que se persigue a través de las dos peticiones arriba transcritas, es la declaración sobre propiedad particular del petróleo que pueda existir en los terrenos que fueron materia de la merced otorgada al señor Martín. Así lo dá a entender el hecho mismo de que la acción vaya dirigida contra la Nación como presunta propietaria del subsuelo, y así habrá de interpretarse cada una de las peticiones de que se habla, porque de lo contrario no sería posible reconocerles ningún contenido jurídico, ya que el concepto del subsuelo resulta demasiado vago. Sobre ésto no es posible un criterio distinto, por lo menos mientras el actor no demuestre el error en que se encuentra la Sala al tratar de desentrañar el significado y alcance de las declaraciones demandadas".

La antedicha providencia fue suplicada por el señor apoderado de los demandantes en memorial de 13 de agosto del presente año, alegando, a más de otras razones ya expuestas cuando se formuló la oposición a la coadyuvancia, que el certificado de la Secretaría del Ministerio de Fomento, no puede considerarse como documento auténtico a la luz del artículo 632 del C. J.; memorial al cual

replicaron oportunamente tanto el señor Procurador Delegado en lo Civil como el señor apoderado de la Texas, para quienes el auto reclamado no adolece de ningún vicio legal. El apoderado de la Texas hizo especial referencia a los artículos 315 y 316 del Código Político y Municipal, que a su juicio le dan pleno valor al aludido certificado de la Secretaría del Ministerio de Fomento.

Concluído así el trámite de la súplica, se entra a resolverla mediante las siguientes consideraciones:

Con independencia de la cuestión de fondo sobre la coadyuvancia de la Texas, estima la Sala que a este fin ni siquiera se han acreditado debidamente los hechos que le sirven de fundamento, pues el certificado del Ministerio de Fomento traído a los autos, en cuanto a lo sustancial, versa sobre atestaciones ajenas al ámbito que le asigna la ley como medio de prueba.

En efecto:

Según el artículo 632 del C. J., hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos: **a)** Los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones; **b)** Las copias de tales documentos expedidos formalmente y autorizados por los Secretarios o empleados encargados de los archivos; **c)** Las certificaciones de los Jueces y Magistrados sobre hechos que pasen ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso y en los demás casos autorizados por la ley; y **ch)** las certificaciones de quienes llevan el registro del estado civil de las personas, dadas con inserción de las actas correspondientes.

Pero como la disposición en referencia alude, respecto de certificaciones, a "los demás casos autorizados por la ley", podrá lógicamente decirse que los artículos 315 y 316 del Código Político y Municipal les dan valor a los certificados de los funcionarios públicos (distintos de Jueces y Magistrados) sobre el contenido de documentos o actuaciones administrativas o judiciales, en relación con los negocios que reposan en los archivos?

Los citados artículos del C. P. y M. prevén, evidentemente, que los Jefes o Secretarios de las corporaciones u oficinas públicas "dan fe en los certificados que expidan relativamente a los negocios que les están confiados por razón de su empleo", certificados que se deberán expedir "si el asunto de que se trata no fuere reservado"; pero no es menos cierto que el artículo 320 **ibidem preceptúa** que "todo individuo tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existan en las Secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tengan carácter de reserva".

De donde deduce la Sala que las varias disposiciones del C. P. y M. antes mencionadas, interpretadas rectamente y en armonía con el artículo 632 del Código Judicial, no pueden tener sino estos alcances: que los Jefes o Secretarios de las oficinas administrativas pueden certificar válidamente sobre ciertos hechos relacionados con los negocios a su cuidado, tales como fecha y oportunidad en la presentación de memoriales, estado de los negocios, vencimiento de términos (pues de las simples actuaciones no resulta el día de ese vencimiento de términos) y otros análogos; mientras que si se trata de demostrar el contenido de documentos o providencias administrativas, lo único procedente es presentar las copias respectivas, formalmente expedidas. No es posible entender que la ley haya querido que los contratos o actos de la administración, o los documentos que reposen en las oficinas públicas, puedan acreditarse con simples certificaciones de funcionarios oficiales sobre su contenido; y menos aún cuando el art. 320 del C. P. y M., al autorizar las copias de documentos, se refiere sin duda a casos distintos de los previstos para las certificaciones.

En tales condiciones, es apenas natural que no pueda reconocérsele valor al certificado de la Secretaría del Ministerio de Fomento presentado por la Texas Petroleum Company, para demostrar los hechos en que ha basado su coadyuvancia. Ese certificado no es idóneo para acreditar el sentido de resoluciones oficiales, ni de fallos dictados por la Corte, ni de contratos celebrados por la administración. Por cuyo motivo, y no existiendo otros elementos de juicio, la reclamación del apoderado de los demandantes habrá de prosperar; sin que sea necesario, de consiguiente, entrar al estudio de las demás cuestiones alegadas por dicho apoderado en su escrito de súplica.

En mérito de lo cual, SE RESUELVE:

1º Revócase la providencia dictada en este asunto por el señor Magistrado sustanciador, doctor Rafael Leiva Charry, con fecha cinco de agosto del corriente año.

2º Por lo tanto, la Texas Petroleum Company no es coadyuvante de la Nación en este negocio.

Cópiese y notifíquese.

Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles.—Jorge García Merlano, Secretario.

LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA ACTUACION NECESARIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE UN FALLO, CUANDO NO SE REQUIERA SEGUIR OTRO JUICIO, ES INSEPARABLE DEL ASUNTO QUE HAYA DADO LUGAR A LA REGULACION EN CONCRETO

Dice el art. 550 del C. J., en su inciso 2º, que si para cumplir el fallo no se requiere seguir otro juicio, "la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia"; competencia ésta que, sin duda alguna, no puede ejercerse sino dentro del negocio correspondiente, como lo corrobora el art. 553 ibidem, pues allí se ordena dar traslado de la liquidación A LA CONTRAPARTE por el término de cinco días, y luego se agrega: "Si la liquidación no es objetada, el Juez dicta auto aprobatorio de ella; si es impugnada, SE ABRE EL INCIDENTE A PRUEBA por el mismo término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado".

Así las cosas, es incuestionable que esta clase de actuaciones sólo puede adelantarse como una continuación del juicio en que se haya hecho la condenación en abstracto; es decir, que la competencia en estos casos, tal como ha sido prevista por la ley, es inseparable del asunto que haya dado lugar a la regulación en concreto.

Corte Suprema de justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Como antecedentes de este negocio se presentó ante el Tribunal Superior de Cali, al iniciarlo, copia de la sentencia de fecha diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y seis, dictada en el juicio posesorio de la sociedad *"San Antonio Limitada"* contra el Departamento del Valle del Cauca, sentencia que fue confirmada luego por la Corte Suprema de Justicia y cuya parte resolutiva es del tenor siguiente:

"Primero.—El Departamento del Valle del Cauca debe suspender tanto la carretera principal que lleva al caserío de San Antonio como el ramal de la misma que conduce al 'Puente de Vélez', en cuanto tales trabajos se encuentren dentro de los linderos de 'El Tigre', indicados en el hecho primero (1º) de la demanda, so pena de pagar al actor una indemnización de cincuenta pesos ($ 50.00) por cada acto o hecho subsiguiente, sin perjuicio de la responsabilidad civil común correspondiente; y

"Segundo.—El Departamento del Valle del Cauca no podrá continuar tales obras sin el consentimiento de los dueños del predio 'El Tigre', el cual debe obtenerse en legal forma, bien por arreglo directo y libre con los dueños, o bien por la acción de expropiación que debe llevarse a cabo con sujeción a las normas legales de rigor".

Con base en esta sentencia del Tribunal de Cali, aducida en copia debidamente autorizada, formuló demanda ante dicho Tribunal el doctor Mario Hurtado Reina, en calidad de apoderado de los señores Carlos L. Pabón, Ernestina M. v. de Jiménez y Juan Gualtero, "como gerente liquidador el primero y como socios los otros dos de la sociedad *San Antonio Limitada* en liquidación", para que *conforme al procedimiento señalado en el artículo* 553 *del C. de P.* Civil se declarase que la cantidad por la cual el Departamento del Valle del Cauca debe ser ejecutado, en cumplimiento de tal sentencia y de la que luego la confirmó, "es igual a lo que resulte de multiplicar cincuenta pesos, multa o indemnización estipulada, por un mil quinientos sesenta y tres, número de los días transcurridos hasta la fecha, desde la ejecutoria de las dichas sentencias, o sea por un total de *setenta y ocho mil ciento cincuenta pesos moneda colombiana,* hasta la fecha de esta demanda, y por los días que transcurran desde esta fecha hasta que el pago se efectúe, a cincuenta pesos por cada día".

Al escrito o demanda en cuestión se le dió por el Tribunal el trámite del artículo 553 del C. J., expresamente invocado por el peticionario; o sea que se dió traslado al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca por cinco días, y luego, obje-

tada por éste la liquidación, se abrió el asunto a pruebas por quince.

Después de lo cual el Tribunal, mediante un estudio de las pruebas allegadas al expediente, negó las declaraciones solicitadas por el apoderado doctor Mario Hurtado Reina, en providencia de fecha diez y nueve de junio del corriente año.

De esta providencia apeló el doctor Hurtado Reina, motivo por el cual vino el asunto a esta Sala de la Corte, donde ya ha recibido la tramitación correspondiente.

De esta suerte, y estando para decidir el recurso, se observa:

Aunque claramente se advierte que en este caso no cabe la regulación prevista por el artículo 553 del C. J., puesto que en la sentencia alegada no se condenó a pagar *ninguna cantidad ilíquida* por frutos, perjuicios u otra cosa semejante, es necesario ante todo estudiar si el Tribunal de Cali era competente para conocer de la cuestión planteada, siendo así que ella lo fue con independencia del juicio en que se dictó el fallo que se ha hecho valer en copia por el peticionario.

A este respecto dice el artículo 550 del C. J., en su inciso 2º, que si para cumplir el fallo no se requiere seguir otro juicio, "la ejecución de aquél corresponde al Juez o al Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia"; competencia ésta que, sin duda alguna, no puede ejercerse sino dentro del negocio correspondiente, como lo corrobora el artículo 553 *ibidem*, pues allí se ordena dar traslado de la liquidación *a la contraparte* por el término de cinco días, y luego se agrega: "Si la liquidación no es objetada, el Juez dicta auto aprobatorio de ella; si es impugnada, *se abre el incidente a prueba* por el término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado". (Subraya la Sala).

Así las cosas, es incuestionable que esta clase de actuaciones sólo puede adelantarse como una continuación del juicio en que se haya hecho la condenación en abstracto; es decir, que la competencia en estos casos, tal como ha sido prevista por la ley, es inseparable del asunto que haya dado lugar a la regulación en concreto.

Pero como aquí la tramitación del artículo 553 del C. J. se promovió y adelantó con independencia del negocio en que se dictó el fallo invocado por el doctor Hurtado Reina, ha de llegarse a la conclusión de que el Tribunal de Cali procedió sin la debida competencia, al avocar como negocio independiente la liquidación sometida a su estudio y decisión. Y como la competencia para estas regulaciones se ha establecido en consideración a la naturaleza del asunto, síguese que la nulidad en que se ha incurrido (artículos 151 y 448, numeral 1º, del C. J.) habrá de declararse de plano, por ser insubsanable.

De consiguiente, y en virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA NULO todo lo actuado en este negocio a partir del auto de fecha seis de noviembre de mil novecientos cincuenta y uno, por medio del cual se ordenó dar traslado al Gobernador del Departamento del Valle del Cauca del escrito de liquidación presentado al Tribunal de Cali por el apoderado doctor Mario Hurtado Reina el veintitrés de octubre anterior.

Las costas de la primera instancia son de cargo de los Magistrados del Tribunal de Cali que intervinieron en ella, así: la mitad deberá pagarla al Departamento del Valle del Cauca el Magistrado ponente doctor Manuel J. Lucio, y la otra mitad los dos Magistrados restantes que firman la providencia que dio origen a la apelación. (Artículo 458 del C. Judicial).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNAS TIERRAS Y DE UNOS YACIMIENTOS CALCAREOS EXISTENTES EN SU SUBSUELO. — LOS COMUNEROS PUEDEN IMPETRAR DECLARACIONES RELACIONADAS CON EL BIEN COMUN, CUANDO NO SE HA HECHO DESIGNACION DE ADMINISTRADOR

Ciertamente el artículo 22 de la Ley 95 de 1890 establece que el Administrador de una Comunidad, nombrado en los términos de dicha ley, tiene la personería de ella; pero tal ordenamiento no empece, como lo ha sostenido la Corte en varias ocasiones, para que cualquiera de los comuneros pueda impetrar declaraciones relacionadas con el bien común, si no se ha hecho designación de Administrador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Iniciado este juicio contra la Nación ante el Tribunal Superior de Barranquilla por el señor Arturo Quinteró P., "como propietario del suelo y como comunero en el subsuelo de las tierras que forman parte de la Comunidad Antigua de Sabanilla", para que se hicieran algunas declaraciones sobre la propiedad privada de esas tierras y de los minerales calcáreos allí existentes, el señor Fiscal 2º dé aquella Corporación propuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del demandante, alegando como fundamento que "a los Administradores de las Comunidades es a quienes corresponde la representación de éstas, según el art. 22 de la Ley 95 de 1890".

Tal excepción fue resuelta por el Tribunal por providencia de fecha diez y seis de abril del presente año, en la cual, después de un estudio de la cuestión jurídica suscitada por el señor Fiscal se terminó por declararla infundada y se ordenó la contestación de la demanda dentro de los dos días a que se refiere el artículo 337 del C. J.

Apelada dicha providencia por el señor Fiscal, y surtido ya el trámite correspondiente ante la Corte, se procede a decidir el recurso mediante las siguientes consideraciones:

Ciertamente el artículo 22 de la ley 95 de 1890 establece que el Administrador de una Comunidad, nombrado en los términos de dicha ley, tiene la personería de ella; pero tal ordenamiento no empece, como lo ha sostenido la Corte en varias ocasiones, para que cualquiera de los comuneros pueda impetrar declaraciones relacionadas con el bien común, si no se ha hecho designación de Administrador.

Y ésto porque de acuerdo con el artículo 2525 del C. C., "si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto de una de ellas, la interrumpe también respecto de las otras"; lo cual indudablemente implica, como es natural, que un comunero bien puede ejercitar acciones en defensa de la cosa común (y no exclusivamente de su cuota), pues de otra suerte no se explicaría que la interrupción de la prescripción se extendiera o cobijara a los demás comuneros.

En este sentido el propio señor Procurador Delegado en lo Civil, al manifestar en su alegato que está de acuerdo con la providencia reclamada, alude a varias decisiones de la Corte sobre el particular, entre las cuales vale la pena de reproducir lo que se dijo en la de 13 de febrero de 1946, en un caso de oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, así:

"En la hipótesis de que en autos apareciera plenamente demostrado que el señor Acosta posee una cuota parte indivisa en las tierras de Pestagua y Salamanca, y al haberse hecho necesario admitir, por otra parte, el no hallarse comprobado en autos, como ya se dijo, que el otro opositor, o sea el señor Palma, sea el Administrador de la Comunidad respectiva o que tal Comunidad tenga en realidad un legítimo Administrador, sería a juicio de la Corte el caso de reconocer que el comunero Acosta ha estado, no obstante, investido de personería suficiente en este juicio breve y sumario para actuar por sí en calidad de copropietario del bien común.

"Y así la sentencia favorable que pudiera ser dictada como consecuencia de su oposición habría de aprovechar no sólo a él individualmente considerado, y por razón de su cuota en la Comunidad, sino también a la comunidad misma.

"En efecto: si se parte del supuesto de que no se

halla legalmente comprobada la existencia de un Administrador de la Comunidad, conduce la lógica a admitir que la gestión de cualquiera de los comuneros aprovecha a la comunidad cuando se trata precisamente de la conservación de la propiedad y posesión del bien respectivo.

"El comunero tiene, en efecto, interés legítimo en tal representación, ya que el reconocimiento de su derecho como comunero presupone el necesario reconocimiento de la propiedad privada sobre el bien respectivo en forma de condominio.

"Si no hay Administrador de la Comunidad, es natural admitir desde luego que el interés propio del comunero mismo le dá legítima personería para la defensa del bien común.

"Especialmente en casos de la naturaleza del actual, si se comprueba que efectivamente el llamado comunero es en realidad un copropietario privado del yacimiento, es ello suficiente para que deba darse por eficaz en su integridad la oposición presentada, ya que no se explica, por regla general, el que una persona particular pueda tener una cuota parte en el dominio del bien respectivo y el que al propio tiempo pueda rechazarse la oposición presentada como si se tratara de un bien del Estado, ordenando la celebración en tal virtud del correspondiente contrato de concesión con el Gobierno Nacional.

"Con razón el artículo 285 del Código de Minas, en materia que si acaso no fuere directamente aplicable es al menos afín a la que aquí se estudia, estatuye así: 'Todas las gestiones que cualquier socio (que es en realidad un comunero en la mina) haga para conservar la propiedad y posesión de una mina aprovecha a los demás socios (o cumuneros) aunque no haya obrado especialmente en nombre de ellos' ".

Por todo lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en un todo de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, CONFIRMA la providencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha diez y seis de abril del corriente año.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles.

Jorge García Merlano, Secretario.

INCIDENTE DE LIQUIDACION

Cuando la condena es en abstracto, es claro que la mora en el pago no puede resultar sino desde la renuencia en que incurra el obligado, una vez que quede en firme el auto en que culmina el trámite previsto en el art. 553 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve de octubre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

A fin de que se fijara la suma que la Nación debe pagar al doctor Timothy Britton en razón de la sentencia dictada en este juicio con fecha veintidos de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, el apoderado del demandante formuló a esta Sala de la Corte la siguiente liquidación:

"Dice el fallo en la base a) citada en el ordinal segundo de la parte resolutiva: 'Como al señor Britton se le separó de toda intervención en la obra del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga antes del término fijado para su conclusión (f. 75 del Cuad. Nº 2), es preciso reconocerle los honorarios a que hubiera tenido derecho si tal separación no se hubiera llevado a efecto'. En consecuencia, de acuerdo con el primer párrafo de la cláusula XIV del Contrato corresponden a Britton los honorarios estipulados de $ 4.661, 25.

"Pero como el fallo agrega: 'De la cantidad que así resulte se descontará la recibida por Britton a cuenta de sus honorarios' ...y la efectivamente recibida por Britton fue .....$ 1.391,57

"Queda a su favor por este primer concepto .....$ 3.269,68
lo que incluye el 33% retenido (base b) del fallo).

"En la base c) ordena la Corte pagarle el valor del lavaplatos Standard Madison, y fija su valor en .....$ 160.00

"En la base ch) ordena pagarle las herramientas, o sean .....$ 733.80

"Todo lo cual suma .....$ 4.163,48

"Intereses de esta suma al 6% del 15 de septiembre de 1945 al 15 de abril de 1952 (por cálculo) .....$ 1.651,47

"Total .....$ 5.814,95".

De la anterior liquidación se dió traslado al señor Procurador Delegado en lo Civil. Después se abrió el incidente a pruebas, y se practicaron algunas de las pedidas por el apoderado del señor Britton.

De esta suerte, agotados como están los trámites de rigor para estos casos, se entra a hacer la regulación correspondiente, para lo cual se considera:

1º En la base a) del fallo de la Corte se ordena liquidar los honorarios del doctor Britton teniendo en cuenta que el costo definitivo del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga fue la suma de $ 74.705,61, y además de acuerdo con lo previsto en la cláusula XIV del contrato, en la cual se estipuló que si la obra resultaba costando un 20% o más de lo presupuestado, que fue la cantidad de $ 54.838,22 (fs. 109 y 110 del cuad. Nº 2), los honorarios del Ingeniero Constructor serían del seis por ciento (6%) de este presupuesto. De consiguiente, hechas las operaciones necesarias, los honorarios del doctor Britton corresponden a la suma de $ 3.290,29. Pero como de esta suma debe descontarse la de $ 2.087,35 que recibió el Ingeniero Constructor a buena cuenta (según la base a) del fallo y las pruebas del incidente), La Nación queda debiéndole por concepto de honorarios la cantidad de mil doscientos dos pesos con noventa y cuatro centavos ($ 1.202,94).

2º También se ordena en la sentencia de la Corte (base b) devolverle o pagarle al doctor Britton la suma que de sus honorarios le retuvo la Nación como garantía, "siempre y cuando que no resulte implícitamente incluída en la liquidación de que trata el punto anterior". Mas a este respecto, el Servicio Cooperativo Interamericano de Salud Pública certifica "que según los comprobantes adjuntos se le retuvo al doctor Timothy Britton la cantidad de *Un mil veintiocho pesos con nueve centavos* ($ 1.028,09) M/cte., o sea el 33% sobre *tres mil ciento quince pesos con cuarenta y cuatro centavos* ($ 3.115,44) M/cte., suma ésta que fue liquidada por concepto del 8.5% del valor de la construcción

hasta el 31 de julio de 1945" (f. 7 del cuad. Nº 10), y esta afirmación del Servicio Cooperativo se halla respaldada con los propios recibos expedidos por el doctor Britton (Fls. 8 a 12 del cuad. Nº 10). De manera que conforme a estas pruebas, la suma retenida al doctor Britton como garantía viene a quedar incluída dentro de lo que la Nación queda debiéndole por razón de honorarios, o sea dentro de los $ 1.202, 94 que habrá de pagarle por tal concepto.

3º A la suma anterior debe agregarse la de $ 160.-00, valor de un aparato Standard Madison, como lo prevé la sentencia de la Corte (base *c*).

4º Como no se trajo ninguna prueba sobre el valor o precio de las herramientas a que se refiere la base ch) de dicho fallo, no hay manera de fijar en este incidente ese valor.

5º No es procedente la computación de intereses en el presente caso, tanto porque nada se dijo al respecto en la sentencia que debe cumplirse, cuanto porque, como lo alega el señor Procurador Delegado en lo Civil, "cuando la condena es en abstracto, es claro que la mora en el pago no puede resultar sino desde la renuencia en que incurra el obligado, una vez que quede en firme el auto en que culmina el trámite previsto en el art. 553 del C. J.".

En resumen, esta liquidación resulta así:

Resto de honorarios que la Nación debe pagar al doctor Britton, incluyendo los $ 1.028,09 que se le retuvieron como garantía	$ 1.202,94
Valor de un aparato Standard Madison	160.00
Total	1.362,94

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia,

RESUELVE:

Primero.—Fíjase en *mil trescientos sesenta y dos pesos con noventa y cuatro centavos* ($ 1.362,94) la suma que la Nación está obligada a pagar al doctor Timothy Britton en razón de la sentencia dictada en este juicio con fecha veintidos de febrero del corriente año.

Segundo.—No se fija o determina el valor de las herramientas a que se refiere la base ch) de dicho fallo, ni hay lugar a computar los intereses solicitados por el apoderado del demandante, por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez.—

Agustín Gómez Prada.—Luis Rafael Robles.

Jorge García Merlano, Secretario.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR. — INCIDENTE DE LIQUIDACION DE PERJUICIOS. — LA FALTA DE OBJECIONES POR PARTE DEL DEMANDADO, EQUIVALE EN ESTOS CASOS A UNA CONFESION

Es cierto que el señor Procurador Delegado en lo Civil, al objetar la liquidación presentada por el apoderado del demandante, se refirió especialmente a la suma solicitada por concepto de intereses; pero de ahí no se sigue que haya de aceptarse en lo demás aquella liquidación, puesto que para esta Sala, como tuvo oportunidad de expresarlo en providencia de 22 de noviembre de 1951, y lo reitera ahora, la falta de objeciones en estos casos es una especie de confesión, la cual cuando proviene de los Agentes del Ministerio Público no perjudica a la parte que éstos representan, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 170 del C. J.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En memorial de fecha seis de noviembre pasado solicita el doctor Marco Naranjo López, como apoderado de la parte demandante en este negocio, que se reforme la providencia dictada con fecha veintinueve de octubre del corriente año, por la cual se fijó la cantidad que la Nación debe pagar al señor Timothy Britton en *un mil trescientos sesenta y dos pesos con noventa y cuatro centavos* ($ 1.362,94). Aspira el peticionario a que se señale, como suma que debe pagarse a su representado, la de cuatro mil ciento sesenta y tres pesos con cuarenta y ocho centavos ($ 4.163,48), y en subsidio la de mil novecientos once pesos con treinta y dos centavos ($ 1.911,32).

Fundamenta así su solicitud el doctor Naranjo López:

"A) La petición principal.—El señor Procurador General de la Nación aceptó la liquidación presentada por la parte demandante, salvo en lo relativo a intereses de la deuda. Por consiguiente, debe aceptarse como monto de la indemnización la suma de $ 4.163,48.

"B) La petición subsidiaria.—Esta petición se funda en los siguientes hechos y consideraciones: la diferencia entre el presupuesto de la obra y el costo de la misma fue sólo de $ 19.867,39, y esta suma no alcanza a ser el veinte por ciento del costo total de la obra. Por consiguiente, de acuerdo con la cláusula 14 del contrato, el honorario de mi mandante es del siete por ciento (7%) sobre el presupuesto de la obra; este presupuesto fue de $ 54.838,-22, y, por tanto, el siete por ciento (7%) de dicha suma es la suma de tres mil ochocientos treinta y ocho con sesenta y siete centavos ($ 3.838,67) y no de tres mil doscientos noventa pesos con veintinueve centavos ($ 3.290,29) fijada en la providencia que recurro. Debido a este error en la operación, esa H. Sala liquidó los honorarios de mi mandante sobre la base de un seis por ciento (6%) solamente. Liquidado el honorario del siete por ciento (7%) y en atención a que, según las afirmaciones del Ministerio de Higiene, mi mandante recibió $ 2.087,-35, la Nación le debe un honorario por la suma de mil setecientos cincuenta y uno con treinta y dos ($ 1.751,32); y si a esta suma se agregan los ciento sesenta pesos ($ 160.00) de que habla la providencia, tenemos que, en el caso de no ser aceptada la manifestación o confesión del señor Procurador General de la Nación, debe fijarse como monto de la indemnización la suma de mil novecientos once pesos con treinta y dos centavos ($ 1.911,32)".

Tramitado el recurso de reposición, en los términos del artículo 488 del C. J., se procede a resolverlo mediante las siguientes consideraciones:

1º Es cierto que el señor Procurador Delegado en lo Civil, al objetar la liquidación presentada por el apoderado del demandante, se refirió especialmente a la suma solicitada por concepto de intereses; pero de ahí no se sigue que haya de aceptarse en lo demás aquella liquidación, puesto que para esta Sala, como tuvo oportunidad de expresarlo en providencia de 22 de noviembre de 1951, y lo reitera ahora, la falta de objeciones en estos casos es una especie de confesión, la cual cuando proviene de los Agentes del Ministerio Público no perjudica a la parte que éstos representan, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 170 del C. J.

La razón de esta tesis está expuesta así en la supradicha providencia:

"Obsérvese que el demandado puede no objetar la liquidación en una de estas tres formas: o manifestando expresamente su conformidad con ella, o expresando simplemente que no la objeta, o guardando silencio. En todo caso, cualquiera que sea la forma que se adopte por el demandado, las consecuencias han de ser las mismas: el Juez debe aprobar la liquidación presentada, o en otros términos, debe fijar la cuantía líquida de las prestaciones de acuerdo con lo pedido por el demandante.

"Pero como el actor no tiene obligación de acompañar a su liquidación ninguna prueba, hay que convenir entonces en que la ley, al ordenar que el Juez debe dictar 'auto aprobatorio de ella', ha tomado en cuenta o como base aquella aceptación expresa o tácita del demandado.

"A esta aserción conduce también el artículo 593 del Código citado (el de Procedimiento Civil), el cual prevé que 'toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda o de la defensa, *si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa, según la ley....*'; porque si no se considerara como medio de convicción la aceptación expresa o tácita del demandado, ¿en qué podría fundarse la decisión aprobatoria del Juez, que en el fondo determina la suma que éste debe pagar al demandante?

"Es cierto que en estos casos podría hablarse con mayor propiedad de *allanamiento a la demanda*, como suelen hacerlo algunos doctrinantes y legislaciones extranjeras; pero a la Corte no le cabe duda que el legislador colombiano, que no regula como tal esta figura procesal, la ha considerado como una especie o modalidad de la confesión: primero, porque a las prestaciones concretas afirmadas por una parte, asiente la otra; y segundo, porque al demandado no puede serle indiferente la cuantía o monto de esas prestaciones, que indudablemente afecta sus intereses".

De consiguiente, para fijar la suma que la Nación debe pagar al doctor Britton, la Corte debía atenerse a las pruebas allegadas al incidente, que fue lo que se hizo en la providencia reclamada.

2º Tampoco tiene razón el apoderado del doctor Britton cuando expresa que a su mandante debe liquidársele, como honorarios, un siete por ciento (7%) del presupuesto para la obra del Hospital Antivenéreo de Bucaramanga. La cláusula XIV del contrato dice claramente que si el costo de la obra excede al presupuesto en un veinte por ciento o más, los honorarios del contratista se reducirán al seis por ciento (6%) del total presupuestado. Ahora bien. El presupuesto del Hospital fue de $ 54.838,22, en lo cual está conforme el reclamante. Y el costo total o definitivo del mismo Hospital fue de $ 74.705,61, como se dijo en la sentencia que originó el incidente de regulación. La diferencia entre ésta y aquella cantidad es de $ 19.867,39, que, contra lo que opina el apoderado del doctor Britton, sí representa más del veinte por ciento (20%) del total presupuestado, el cual —se repite— fue de $ 54.838,22.

De esta suerte la Sala, al liquidarle al doctor Britton honorarios *del seis por ciento* (6%) sobre el *total presupuestado*, no hizo sino atenerse a la cláusula XIV del contrato. No hubo, pues, ningún error en la liquidación.

En mérito de lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia NO REPONE la providencia de fecha veintinueve de octubre del presente año, por la cual se reguló la suma que la Nación debe pagar al doctor Timothy Britton, en cumplimiento de sentencia anterior dictada en este negocio.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez. —Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS Y PERJUICIOS MORALES OBJETIVADOS. — PERJUICIOS FUTUROS. SU DIFERENCIA CON LOS EVENTUALES

1.—Puede decirse que DAÑO es todo menoscabo que una persona experimente por el hecho ilícito de otra. Pero basta saber que los intereses jurídicamente protegidos son no solamente de orden material, sino también de orden moral, para que se admita la división y distinción en daños patrimoniales o materiales y en daños extrapatrimoniales o morales. Por eso Alessandri Rodríguez define el daño como "todo detrimento, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño —prosigue— supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo".

La naturaleza misma de las cosas requiere, pues, distinguir los daños materiales de los morales, y para los efectos de un fallo judicial se hace indispensable hacer la diferencia entre unos y otros, pues la precisión y fijeza de las declaraciones judiciales es elemento esencial de la equidad que debe presidirlas.

Desde luego, es preciso admitir también que los daños morales se traducen algunas veces en detrimento o perjuicio económico, como sucede en el menoscabo que un profesional o un comerciante sufren en su honor o reputación, y que puede disminuír sus entradas de dinero, o en la depresión que un dolor moral ocasiona y que disminuye la productividad del que lo padece.

Mas, para lo que aquí interesa, ha de concluírse que los gastos de crianza, sostenimiento y educación de una persona, si resultan indemnizables por concepto de perjuicios, no lo serán a título de daños morales, sino simplemente de daños materiales, puesto que serían expensas o gastos apreciables en dinero, más en concreto, un verdadero daño emergente.

2. — Como calcular el daño moral subjetivo es imposible y como no se trata de reparar con bienes materiales el sufrimiento del alma, sino de proporcionar una satisfacción, la Corte se ha atenido a lo que en lo penal se dispone para cuando no sea "fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral causado por el delito", ocurrencia en la cual ordena el artículo 95 del código de la materia fijar prudencialmente una indemnización que puede valer "hasta la suma de dos mil pesos". Con lo cual cumple el principio de hermenéutica de aplicar un precepto que regula casos o materias semejantes, como lo estatuye el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 para los eventos en que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, como sucede en este particular.

El citado artículo 95 no habla sino de "daño moral", sin distinguir. Pero como generalmente el que no es fácil o posible avaluar pecuniariamente es el meramente subjetivo, puesto que el objetivo se vincula casi siempre a detrimento económico, la Corte ha hallado en el precepto que se comenta la pauta de fijación para aquel daño, y no encuentra la Sala argumento valedero para cambiar esa ya uniforme doctrina.

3.—No puede hablarse de daños o perjuicios futuros pero ciertos, en tratándose de situaciones que dependen de la voluntad de una persona y de otras circunstancias contingentes.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El Tribunal Superior de Bogotá dictó sentencia absolutoria en favor de la Nación, en el juicio que contra ella promovieron los señores *José T. Puentes* y *Adelaida Córdoba de Puentes*.

Mas el proceso original se perdió en los sucesos del 9 de abril de 1948, por lo cual hubo de pedirse su reconstrucción, en escrito de 26 de abril de 1949. Del expediente reconstruído es preciso tomar, pues, los datos para el presente fallo.

Peticiones de la demanda.—Se ignoran los términos en que fue presentada la demanda, pues no se

allegó copia de la presentada inicialmente. En el escrito en que el apoderado pide la reconstrucción del proceso se transcriben las peticiones del libelo, que son las siguientes:

"a) Que la Nación es civilmente responsable de la muerte del Brigadier Mayor Alvaro Puentes Córdoba, ocurrida cuando éste prestaba sus servicios al Estado, el día 5 de mayo de 1944, a consecuencia de un accidente ocurrido por razón del servicio en la Base Naval A. R. C. Bolívar, situada en la ciudad de Cartagena, Departamento de Bolívar.

"b) Que como consecuencia de ser la Nación Colombiana civilmente responsable de la muerte del mencionado Brigadier Mayor Alvaro Puentes Córdoba, esta entidad, o sea la Nación, está obligada a indemnizar a mis poderdantes todos los perjuicios materiales o morales que éstos hayan sufrido por el hecho de la muerte del mencionado Brigadier Mayor.

"c) Que en virtud de la culpa, descuido o hecho de la Nación, que ocasionó la muerte del Brigadier Alvaro Puentes Córdoba, quien murió al servicio de ésta, la Nación debe pagar a mis poderdantes a título de indemnización por los perjuicios sufridos la cantidad de $ 100.000.00 moneda corriente o la suma de dinero que durante la tramitación del juicio se fije como indemnización por los peritos designados en legal forma".

El fallo del Tribunal, con que se termina la solicitud de reconstrucción del proceso, resuelve lo siguiente:

"Reconócese la existencia del juicio ordinario cuya reconstrucción se ha demandado; que en él se había dictado sentencia absolutoria en favor de la Nación, sin hacer condena en costas; que los demandantes apelaron de la sentencia y se les concedió el recurso, y que a tiempo de la pérdida del expediente estaba transcurriendo el término de la ejecutoria del auto, ya notificado, en que se concedió la alzada.

"Como se ignora qué término de la ejecutoria había transcurrido, este término deberá contarse de nuevo, a partir de la fecha en que se ejecutoríe la presente providencia. Vencido este término, deberá enviarse el expediente a la H. Corte Suprema de Justicia, con citación de las partes, para que se surta el recurso de apelación concedido".

En esta Sala de la Corte se tramitó la segunda instancia del proceso y ha llegado la oportunidad de pronunciar la sentencia definitiva.

Los hechos sustanciales del proceso los expone así, sucintamente, el señor Procurador en su alegato de conclusión, "tal como aparecen acreditados en autos".

"En las horas de la mañana del día 5 de mayo de 1944 el Comandante de la Escuela de Bucería de la Base Naval A. R. C. Bolívar, de Cartagena, Subteniente de Navío Jorge H. Berrío, dio comienzo al ejercicio de bucería con el curso de cadetes de cuarto año.

"Al corresponder el turno al alumno Puentes, se hizo descender en primer término a su instructor e inmediatamente comenzó la baja del cadete, quien al tocar fondo dio la respectiva señal de "llegué bien", y acto seguido pidió que lo subieran. Al acercársele su instructor notó que el alumno estaba inconsciente, por lo cual dio la señal de izada. Ya en la superficie, el cadete mostraba los siguientes síntomas: 'enorme cantidad de babaza blanca en forma de espuma y con un olor peculiar, salivas sanguinolenta'. Instructores y alumnos regresaron a la Base; durante el trayecto se le estuvo practicando al accidentado respiración artificial. Luego se le condujo al hospital en donde fue entregado a los enfermeros de guardia. En la copia del acta de defunción (folio 19) se dice que el cadete Alvaro Puentes Córdoba murió 'a las 12.55 horas a consecuencia de un síncope respiratorio sucedido durante una práctica de bucería. No se le practicó la autopsia por considerarla innecesaria'.

"En la copia de la historia clínica expedida por el Director del Hospital Central Militar de Bogotá (fls. 37 y ss.) se hace constar que al Cadete Alvaro Puentes se le practicó, el 25 de febrero de 1944, una intervención quirúrgica en la cual se le hizo la reseción del menisco interno de la rodilla derecha. 'El 23 de abril de aquel año —se lee en la misma copia— fue examinado por el médico ortopedista quien lo encontró en buenas condiciones y conceptuó que se le podía dar de baja con una excusa de servicio de veinte (20) días. Se pide la deshospitalización'. El accidente, como ya se vio, sobrevino el 5 de mayo de 1944, es decir, aún no habiéndose vencido el término de excusa de 20 días.

"Alvaro Puentes Córdoba ingresó a la Escuela Naval de Cartagena en 1941 como alumno de primer año. A la fecha de su muerte (5 de mayo de 1944), según copia de la partida de defunción visible al folio 66 del cuaderno 4, estaba cursando el cuarto año de estudios".

La personería e interés de los actores.—Los señores José T. Puentes y Adelaida Córdoba contrajeron matrimonio católico el 10 de junio de 1916, como aparece del certificado expedido por el señor

cura de la parroquia de Las Nieves de Bogotá (fl. 64 v. del c. 4).

También consta que de dicho matrimonio nació Alvaro Puentes Córdoba, el 6 de octubre de 1922, de acuerdo con el mismo certificado.

En consecuencia, la personería y el interés de los actores aparece debidamente acreditado, como lo acepta el Procurador.

La culpabilidad de la Nación.—Siguiendo el estudio que se hace en el alegato de conclusión del Ministerio Público, cabe aceptar que la muerte del cadete Alvaro Puentes Córdoba se produjo por culpa de la Nación.

Es verdad que el médico jefe del Departamento de Sanidad Naval afirma que la muerte del mencionado cadete "se debió según todos los indicios a un síncope respiratorio completamente accidental y motivado al parecer por haber dejado de respirar durante el descenso, viniendo, al comenzar a hacerlo nuevamente, un cambio brusco en la presión del aire intrapulmonar. Esta falla en el buzo —concluye— no puede ser atribuída a falta de instrucción, sino a asunto enteramente nervioso e involuntario" (fls. 20 y 24 del c. 4).

Pero, como lo hace notar el señor Procurador, contra tal apreciación militan dos pruebas que la desvirtúan en forma completa.

La primera es el pliego de consideraciones expuestas por el Teniente de Navío Jorge Pardo M., encargado de la Casa Militar de Palacio, quien dice, entre otras cosas:

Que el personal de bucería "es escogido dentro de aquellos que reúnan las condiciones físicas requeridas"; que "los accidentes en materia de bucería son muy raros, si se toman las precauciones debidas y se hacen los exámenes médicos necesarios"; que "es extremadamente peligroso someter a presiones de cualquier naturaleza a individuos que han sido operados recientemente. Es sabido —explica— que para efectuar cualquier trabajo de bucería es necesario estar en condiciones físicas enteramente satisfactorias y que se requiere cierta fortaleza que capacite al individuo para efectuar esfuerzos como los que se ejecutan bajo el agua. A ningún individuo, por más sano que se sienta, se le permite hacer descensos si hay alguna excusa médica que le haya prescrito descanso y cuidados por algún tiempo determinado". Y aunque luego expresa que es aventurado dar un concepto definitivo sobre el accidente que ocasionó la muerte del cadete Puentes, sin saber el examen médico previo, la instrucción recibida, la posible excusa médica, etc., había dicho antes:

"Considero imposible, en el caso del cadete Puentes, que haya dejado de respirar durante el descenso, pues en esos momentos la respiración del búzo es un tanto agitada, debido a que la vestida dura un mínimum de tres minutos y a que el equipo completo pesa 200 libras. A más de esto, la diferencia entre la presión atmosférica y la presión a los 30 pies de profundidad, en la que se hallaba el cadete, no alcanza a ser de una atmósfera" (fls. 21 y 22 del c. 4).

Mas la segunda y definitiva es el concepto pericial, rendido por los médicos doctores Jorge Luis Vargas y Hernando Plata Bermúdez, quienes, al preguntarles "cuáles fueron las causas de la muerte del cadete Puentes Córdoba, teniendo en cuenta las constancias o elementos probatorios que se encuentran en el expediente y una vez practicadas las pruebas pedidas", respondieron, "luego de un amplio estudio técnico", como dice el Ministerio Público:

"En conclusión sobre el punto c) que se viene estudiando: la muerte del cadete Alvaro Puentes Córdoba, teniendo en cuenta las constancias o elementos probatorios que se encuentran en el expediente formado en el juicio referido, fue, en nuestro concepto, la resultante de una embolía pulmonar, de carácter fulminante, desprendida de los vasos recién opturados de la rodilla operada, embolía que, dado el estado de alteración de su región operada recientemente, fue provocada por el aumento de la presión atmosférica a que fue sometido el cadete al descendérsele a treinta pies de profundidad".

Esta conclusión está fundada en el estudio técnico que le precede, en el cual se analizan las consecuencias que podían derivarse del estado postoperatorio del Cadete Puentes. En efecto, al pedir la prueba solicitó el apoderado del actor que expresaran los peritos:

"a) Cuáles son las consecuencias de orden fisiológico inmediato, y probable duración de esas consecuencias, producidas en una persona de buenas condiciones físicas y de salud en general, por la operación quirúrgica de que trata la ficha médico-quirúrgica correspondiente al Cadete Alvaro Puentes Córdoba, que hace parte del expediente de este juicio.

"b) Si un sujeto que se encuentra en las condiciones indicadas en la ficha médico-quirúrgica antes referida puede realizar sin peligro operaciones de buceo".

Los peritos contestaron:

"Punto a) Teniendo en cuenta estos antecedentes

tes, consideramos: sin duda alguna que las condiciones fisiológicas del Cadete Puentes Córdoba se hallaban disminuídas tanto en el tiempo de su permanencia en el hospital —sometido a la inmovilidad de la gotera metálica con el enyesamiento posterior— así como en los noventa días siguientes al acto operatorio, por lo menos, para poder regresar a operaciones sobre terreno. Y esto bajo vigilancia adecuada.

"Punto b) Por todo lo expuesto conceptuamos que una persona colocada en las condiciones médico-quirúrgicas referidas por la pregunta que contestamos, no puede realizar sin peligro operaciones de buceo" (fls. 69 y ss. del c. 4).

El señor Procurador estima, y con él esta Sala, que este concepto pericial, uniforme, explicado y fundamentado, que no fue materia de objeciones en su oportunidad, permite concluir que "en el acaecimiento del infortunado accidente hubo imprudencia de funcionarios de la Nación" y que "es forzoso reconocer su culpabilidad", "habida cuenta, además, de los restantes elementos de juicio que obran en autos".

Sólo queda, pues, por averiguar la clase de perjuicios demostrados en el proceso.

Alegatos de las partes sobre perjuicios.—El señor Procurador manifiesta que no se opone a que la Sala reconozca los perjuicios morales inobjetivados, resarcibles en la forma prevista en el artículo 95 del código penal, ya que está demostrada la muerte del Cadete Puentes Córdoba y su condición de hijo de los demandantes.

Pero se opone a la reparación de los mismos perjuicios en cuantía de diez mil pesos, como lo solicitó el apoderado en su alegato de conclusión, porque no están objetivados en el proceso tales daños y sólo cabe entonces aplicar el citado artículo 95 del código penal como, de otro lado, lo tiene establecido una reiterada jurisprudencia.

En cuanto a perjuicios materiales manifiesta que los actores no acreditaron que se les hubieran ocasionado. Los perjuicios materiales tienen que ser precisos y concretos, aunque pueden ser actuales o futuros, esto es, que siguen "una actividad productiva de cuyos logros reales hayan participado los terceros como beneficiarios necesitados, con derechos adquiridos según la ley".

En apoyo de su tesis cita los comentarios de los hermanos Mazeaud sobre la necesidad de tener en cuenta la disminución o supresión de los recursos que el trabajo de la víctima proporcionaba y las personas a quienes ese trabajo aprovechaba.

En este proceso y según las pruebas, no se demostró que el cadete Puentes Córdoba estuviera prestando a sus padres apoyo económico alguno, al contrario, consta que la familia se sostenía con el trabajo del jefe del hogar y de sus dos hijas.

El apoderado de los demandantes, por su parte, alega que la cita de los hermanos Mazeaud se refiere a la víctima del perjuicio y no a la víctima del accidente, siendo así que son distintas, y aquellos autores se refieren a la primera, "a la víctima del perjuicio".

De otro lado, en el concepto de perjuicio material entran todos los derechos apreciables económicamente. En el caso que se estudia los padres son personas pobres y el cadete estaba dotado de una determinada capacidad de producción económica, de la cual quedaron privados con su muerte. Los actores en el momento del accidente "habrían adquirido el derecho a la ayuda económica de parte del cadete", y como de ella quedaron privados, la justicia tiene que obligar al resarcimiento.

En fin, en eventos como el de que ahora se trata es preciso apreciar los perjuicios de acuerdo con las leyes de la probabilidad, que determinan la certeza en estas materias. Y aquí puede afirmarse que el cadete habría iniciado su etapa de producción económica al finalizar una carrera que estaba en vísperas de terminar. Se trata, pues, de un perjuicio que no se realizó inmediatamente, pero que ha venido a realizarse con alguna posterioridad. Dicho de otro modo, no eran "perjuicios realizados", pero sí eran "perjuicios causados".

Subsidiariamente alega que debe condenarse a la Nación a pagar "por concepto de perjuicios morales la suma fijada por los peritos como perjuicios materiales, pero considerando esa suma como valor de los gastos de crianza, sostenimiento y educación del citado cadete..., gastos que su muerte vino a hacerlos inútiles".

En apoyo de lo cual arguye que la fijación en dos mil pesos se estableció para lo penal directamente; que ese máximo imposibilita para ordenar una indemnización razonable de tales perjuicios; que esos gastos de crianza, sostenimiento y educación constituyen una base para hacer el señalamiento; y que es una notoria injusticia reducir la condena a cuatro mil pesos.

Para resolver los puntos propuestos por las partes conviene averiguar primero lo que se encuentra demostrado en el proceso, para luego definir cuáles son las circunstancias que deben aparecer y aparecen acreditadas en orden al resarcimiento.

Las pruebas sobre los perjuicios.—Ya está dicho que en el proceso se halla probado: que el cadete Puentes Córdoba era hijo de los demandantes; que pereció en las circunstancias anotadas con anterioridad; que en su muerte hubo responsabilidad de la Nación; que había ingresado a la Escuela Naval de Cartagena en el año de 1941, como alumno de primer año, y que a la fecha de su muerte, el 5 de mayo de 1944, estaba cursando el cuarto y último año de estudios.

Se anota ahora que los declarantes Saulo Vicente Medina y Rafael A. Sarmiento exponen: que los esposos Puentes-Córdoba son personas que no gozan de holgura económica; que la familia vive "con el trabajo del padre"; que con "grandes sacrificios" llevaba adelante la educación de sus hijos; y el segundo agrega que desde hace pocos años cuenta con la ayuda de las hijas Cecilia y Antonieta (fls. 12 y 13 del c. 4).

Por último, los peritos médicos que dictaminaron sobre las causas de la muerte del cadete Puentes Córdoba, expresan sobre los perjuicios: que el mentado cadete hubiera sobrevivido 38 años al accidente; que habría terminado sus estudios en el año de 1944 y "que habría hecho normalmente su carrera"; que se hubiera casado hacia los 35 años, pero que, en todo caso, habría ayudado a sus padres con la mitad de su sueldo; que los perjuicios materiales sufridos por los padres suman la cantidad de $ 40.988.00, teniendo en cuenta los sueldos que habría devengado según el escalafón de su carrera, de acuerdo con los preceptos legales que la reglamentan y señalan los sueldos; y que los perjuicios morales, siguiendo doctrinas de la Corte para casos similares, deben estimarse en dos mil pesos para cada uno de los padres (fls. 72 y ss. del c. 4).

Consideraciones de la Corte.—Lo primero que ha de anotarse es que deben distinguirse los perjuicios materiales de los morales, pues aparece que se confunden al reclamar como daños de esta última clase, si bien subsidiariamente, lo invertido en "gastos de crianza, sostenimiento y educación del citado cadete".

Para los efectos de que aquí se trata, puede decirse que *daño* es todo menoscabo que una persona experimenta por el hecho ilícito de otra. Pero basta saber que los intereses jurídicamente protegidos son no solamente de orden material, sino también de orden moral, para que se admita la división y distinción en daños patrimoniales o materiales y en daños extrapatrimoniales o morales. Por eso Alessandri Rodríguez define el daño como "todo detrimento, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño —prosigue— supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo".

La naturaleza misma de las cosas requiere, pues, distinguir los daños materiales de los morales, y para los efectos de un fallo judicial se hace indispensable hacer la diferencia entre unos y otros, pues la precisión y fijeza de las declaraciones judiciales es elemento esencial de la equidad que debe presidirlas.

Desde luego es preciso admitir también que los daños morales se traducen algunas veces en detrimento o perjuicio económico, como sucede en el menoscabo que un profesional o un comerciante sufren en su honor o reputación, y que puede disminuír sus entradas de dinero, o en la depresión que un dolor moral ocasiona y que disminuyen la productividad del que lo padece.

Mas para lo que aquí interesa ha de concluírse que los gastos de crianza, sostenimiento y educación de una persona, si resultan indemnizables por concepto de perjuicios, no lo serán a título de daños morales, que no lo son, como resulta obvio reconocerlo, sino simplemente de daños materiales, puesto que serían expensas o gastos apreciables en dinero, más en concreto, un verdadero daño emergente.

Viniendo a los perjuicios morales, no hay prueba alguna de que se trate de los que se han denominado morales objetivados o, siguiendo la terminología de los hermanos Mazeaud, de perjuicios que hubieran afectado la parte social del patrimonio moral y que están siempre o casi siempre vinculados a un perjuicio pecuniario, que en el caso hubiera podido ser el abandono del trabajo o la disminución de los proventos económicos en las ocupaciones habituales de los demandantes, producido por el dolor moral.

De esta suerte, sólo cabe reconocer, por este aspecto, la causación de un perjuicio moral meramente subjetivo, que no hay necesidad de acreditar, porque es forzoso presumir que entre personas normales la pérdida de una persona ligada por los vínculos de la sangre produce un sufrimiento del ánimo, tanto más hondo cuanto más cercano sea el parentesco.

Y aquí cabe contestar el razonamiento del señor apoderado de los actores de que la reparación de los perjuicios morales subjetivos ha de fijarse en diez mil pesos, ya que la de dos mil "resulta demasiado modesta como satisfacción moral".

A lo cual se responde que como calcular el daño

moral subjetivo es imposible y que como no se trata de reparar con bienes materiales el sufrimiento del alma, sino de proporcionar una satisfacción, la Corte se ha atenido a lo que en lo penal se dispone para cuando no sea "fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral causado por el delito", ocurrencia en la cual ordena el artículo 95 del código de la materia fijar prudencialmente una indemnización que puede valer "hasta la suma de dos mil pesos". Con lo cual cumple el principio de hermenéutica de aplicar un precepto que regula casos o materias semejantes, como lo estatuye el artículo 8º de la ley 153 de 1887 para los eventos en que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, como sucede en este particular.

El citado artículo 95 no habla sino de "daño moral", sin distinguir. Pero como generalmente el que no es fácil o posible avaluar pecuniariamente es el meramente subjetivo, puesto que el objetivo se vincula casi siempre a detrimento económico, la Corte ha hallado en el precepto que se comenta la pauta de fijación para aquel daño, y no encuentra la Sala argumento valedero para cambiar esa ya uniforme doctrina.

En cuanto a perjuicios materiales, el pensamiento del señor apoderado de los actores se concreta en uno de los apartes de su alegato de conclusión, al expresar que con la muerte del cadete Alvaro Puentes Córdoba sus padres "quedaron privados de la ayuda económica que su hijo les habría prestado en el futuro, a partir del momento en que terminara sus estudios en la Escuela Naval" (f. 10 del c. 3).

Como se ve, se invoca un lucro cesante, esto es, la ganancia o provecho que habrían reportado sus padres de no haber muerto su hijo. Dicho de otro modo, se trata de un daño *futuro*, pero que se considera como consecuencia *cierta* del hecho dañoso. Y entonces se hace preciso hacer la distinción entre daño futuro cierto y daño futuro eventual.

"Cuando el perjuicio es puramente *eventual* —dice Lucienne Ripert— el cálculo no puede ser hecho y conceder una retribución es, por lo mismo, imposible. Es preciso, en efecto, distinguir cuidadosamente el perjuicio eventual y el perjuicio futuro. Si éste puede ser reparado, es porque su existencia, aunque inactual, es *cierta*. No hay perjuicio, pero es seguro que un día u otro lo habrá y ya se puede prever su magnitud. Nada se opone, pues a la reparación. El perjuicio eventual, en cambio, no tiene sino una existencia problemática. El daño que podrá sufrirse un día depende en parte de la falta cometida, pero depende también de otras circunstancias que no se han realizado aún y que uno no puede decir si efectivamente se realizarán. De ahí que no sea dable pensar en resarcir ese daño, que puede no existir jamás. No es cuestión de rehusar una reparación a la víctima el día en que la lesión se produzca realmente o se torne cierta... Pero mientras el perjuicio permanezca incierto, no es posible acordar una indemnización cuyo cálculo no podrá ser establecido sobre ninguna base sólida".

Se necesita, pues que se trate "del desarrollo indudable de un perjuicio actualmente en evolución", o de "la consecuencia o la repetición de un perjuicio actual", como dicen Planiol y Ripert, o que se trate de "un daño futuro cuya realización sea cierta en virtud del desarrollo de una situación ya existente", como expresa Josserand. "El porvenir —añade este comentador— se toma así en consideración en la medida en que está contenido en potencia en el presente, que lo postula fatalmente". En consecuencia, la Sala concluye que no puede hablarse de daños o perjuicios futuros pero ciertos, en tratándose de situaciones que dependen de la voluntad de una persona y de otras circunstancias contingentes, como sucede en el caso que se estudia.

En efecto, no se contempla aquí una situación ya existente, ni la repetición de un perjuicio actual, como quiera que el cadete no contribuía al sostenimiento de su hogar y, por el contrario, las pruebas demuestran que a su educación proveían sus padres; y tampoco se trata de un perjuicio actualmente en evolución, dado que la perseverancia del cadete en la carrera escogida es una ocurrencia probable, pero no segura, si se tiene en cuenta que una circunstancia cualquiera hubiera podido inducirlo a abandonarla, frustrando la expectativa de ayuda económica a sus progenitores. Cabe, pues, aplicar el principio de que "un daño eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas, por fundadas que parezcan, sea presente o futuro, no dá derecho a indemnización", como dice Alessandri Rodríguez.

Y no se diga que el cadete tenía obligaciones con sus padres que estaba ya en vía de cumplir, porque si ello es cierto en abstracto (artículos 251 y 252 del c. c.), resulta eventual, como ya se ha dicho, que se hubiera encontrado en situación de prestársela en lo futuro, y tampoco existe prueba de la necesidad de los padres para tener derecho a ella. Sobre esta última circunstancia advierten los Mazeaud que "se requiere que los acreedores alimenticios se encuentren en una situación que les hubiera permitido obligar al difunto a suministrarles alimentos. Las personas que la ley designa no son, en efecto, acreedores de alimentos —prosi-

guen— sino cuando llenan ciertas condiciones: se requiere, sobre todo, que se encuentren en estado de necesidad".

Esta misma Sala de la Corte, en fallo de 27 de septiembre de 1951, expresó en un caso semejante de un juicio contra la Nación por responsabilidad civil ocasionada por la muerte de un cadete de la Escuela Militar:

"Ha sido jurisprudencia constante de la Corte, que para efectos de la condenación de perjuicios materiales en juicios sobre responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, ha de probarse que la víctima del accidente o del daño efectivamente estuviera prestando algún apoyo económico a las personas que quieran beneficiarse con la condena a los perjuicios materiales. Si no existe de parte de la víctima ningún apoyo económico hasta la fecha de producirse el accidente que lo imposibilite para seguirlo prestando, es claro que los perjuicios materiales no se han causado" (G. J. tomo LXX, números 2115-16, página 648).

Para concluír, sólo resta averiguar si los gastos de crianza, sostenimiento y educación del cadete pueden considerarse como un daño emergente, esto es, si puede obligarse a la Nación a resarcimiento de lo que los padres habían invertido hasta la fecha de la muerte de su hijo por aquellos conceptos.

Esta misma Sala de la Corte, en sentencia de 20 de febrero de 1946, expresó lo siguiente, al contestar el alegato de que los gastos de los padres en la crianza y educación de su hijo constituían un perjuicio actual, por haber sido "gastos que resultan totalmente perdidos para ellos con motivo de la muerte trágica" de éste:

Comienza la Sala por negar "el derecho que puedan tener los actores a que se les restituya a título de perjuicio material indemnizable" tales desembolsos, porque tal derecho carece en absoluto "de arraigo en los principios que dominan en el campo de la responsabilidad extracontractual la índole de los perjuicios que por este concepto pueden reclamarse del autor del daño o de la persona que por él está obligada a responder". Y agrega:

"En efecto, corresponde a los padres por imperio de las leyes civiles el deber jurídico de alimentar y educar a sus hijos hasta cierta edad; y en último extremo este deber no es otra cosa que el cumplimiento de obligaciones impuestas por las leyes superiores de la naturaleza, de la vinculación familiar, de los afectos y de la convivencia social. De ahí que no puedan colocarse en el mismo plano las expensas que cubran los padres para atender a las necesidades de sus hijos con los que se vinculan a una empresa destinada a producir rendimientos económicos —como la construcción de un edificio, en el ejemplo propuesto por el alegante— pues sería desconocer la realidad misma de las cosas, el fin distinto que con unos y otros gastos se persigue. Las inversiones de que se trata son por completo ajenas al tráfico económico y, por eso mismo, su devolución no puede ser exigida del hijo en ninguna circunstancia, ya que éste no está obligado a efectuarlas. Tampoco las hace el padre en espera de que le sean restituídas o compensadas con la ayuda que por concepto de alimentos o bajo otra forma pueda o deba prestarle el hijo que llega a cierta edad. Por consiguiente, dada la propia naturaleza de estas inversiones no puede afirmarse que su pérdida por muerte implique un perjuicio material que los padres tengan derecho a reclamar judicialmente". (G. J., tomo LX, números 2029-31, pág. 2980).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia apelada y en su lugar declara que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios morales subjetivos causados a los demandantes, *José T. Puentes* y *Adelaida Córdoba de Puentes*, como consecuencia de la muerte de su hijo Alvaro Puentes Córdoba, ocurrida el 5 de mayo de 1944, en la Base Naval A. R. C. Bolívar, de la ciudad de Cartagena.

En consecuencia, la Nación debe pagar a los demandantes la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada uno de ellos, por tal concepto de perjuicios morales subjetivos.

Se absuelve a la Nación de los demás cargos de la demanda.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

UNA SENTENCIA EN LA QUE NO HAN INTERVENIDO EL NUMERO DE MAGISTRADOS QUE CONFORME A LA LEY DEBEN TOMAR PARTE EN SU PRONUNCIAMIENTO, ESTA AFECTADA DE NULIDAD INSUBSANABLE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

En este juicio ordinario de la Nación contra el señor Esteban Sierra, promovido ante el Tribunal Superior de Neiva, se resolvió como culminación de la primera instancia que "no es el caso de acceder a las peticiones de la demanda", lo que se hizo en providencia de fecha veintitrés de septiembre del presente año, firmada únicamente por tres de los Magistrados de aquel Tribunal.

Llegado luego el negocio a la Corte, por apelación de tal proveído, se observa:

De acuerdo con el artículo 76 del C. J., numeral 1º, Los Tribunales Superiores conocen en primera instancia de los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación y en que se ventilen cuestiones de derecho privado. Y según el artículo 77 ibidem, el fallo definitivo en los asuntos de que trata aquel numeral debe dictarse por todos los Magistrados de la Sala Civil, cuando el respectivo Tribunal se halle dividido en dos Salas.

De otra parte, de conformidad con el artículo 3º del Decreto-ley número 0976 de 1951, que entró a regir el 1º de mayo de dicho año, los Tribunales Superiores integrados por seis Magistrados o menos conocen promiscuamente en las ramas civil y penal, caso en que se halla el Tribunal de Neiva.

Así las cosas, como la sentencia sometida a la revisión de la Corte no fue dictada por los seis Magistrados que integran la Sala Civil de aquel Tribunal, sino únicamente por tres de ellos, dicha sentencia está afectada de nulidad conforme a la causal primera del artículo 448 del C. J., nulidad que habrá de declararse de oficio por ser insubsanable.

En mérito de lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia DECLARA NULA la sentencia que ha sido objeto de este recurso de alzada, fechada el veintitrés de septiembre del año en curso, lo mismo que toda la actuación posterior de la primera instancia; y ordena devolver los autos al Tribunal de origen, para que allí se dicte nuevo fallo con arreglo a la ley.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL. — REQUISITOS PARA QUE PUEDA DECRETARSE LA SUSPENSION DE ESTE

Para poder decretar la suspensión del juicio civil, se hace preciso la demostración del hecho de la existencia del proceso penal, y como conclusión lógica de esa existencia, la de que proceda la suspensión en vista de los elementos que del proceso penal se lleven a la actuación civil, por la influencia que en éste pueda tener el fallo que llegue a dictarse en el penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Al estudio de la Sala, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se encuentra el auto de fecha 10 de septiembre de 1952, por medio del cual el Tribunal Superior de Cali suspendió el juicio ordinario que Luis F. Montoya y otra adelantaban contra la Nación para el pago de unos perjuicios, por la muerte de su hijo Gerardo Montoya H., ocurrida en un accidente ferroviario en el mes de marzo de 1950.

La parte resolutiva del auto en cuestión es del tenor siguiente: "*Suspender como en efecto suspende,* el pronunciamiento del fallo que corresponde dictar en este juicio, hasta tanto se allegue al expediente copia del auto de sobreseimiento definitivo o sentencia definitiva irrevocable que haya recaído o recaiga en el negocio penal iniciado contra el señor José E. López, por razón del accidente férreo acaecido en el kilómetro 34 de la vía férrea entre esta ciudad y Buenaventura, hecho ocurrido el día 22 de marzo del año de 1950, en el cual perdió la vida el señor Gerardo Montoya Hernández".

Ahora bien, el *a quo* fundamentó su proveído, en el hecho, de que hasta tanto no se decida el juicio penal que contra el maquinista López se adelanta, no puede decidir éste, respecto a los perjuicios civiles.

Se observa:

En primer lugar, lo único que aparece en el informativo, respecto al posible juicio penal que se hubiera adelantado, es la declaración del señor Jorge Silva Colmenares, visible a folios 32 y siguientes del cuaderno de pruebas de los demandantes; pero no hay que pasar por alto la circunstancia de que tal pregunta le fue formulada al declarante como punto 4º (penúltimo) del cuestionario a él sometido, y solamente en estos términos imprecisos: "Diga si es cierto que por las investigaciones realizadas en el lugar de la tragedia, sacaron como consecuencia que el accidente ferroviario se debió a la excesiva velocidad de la máquina, motivo por el cual, la Alcaldía de Buenaventura inició la investigación penal correspondiente...".

Pues bien: El Tribunal del conocimiento, en el auto que se estudia dice: "...Según declaración del señor Jorge Silva Colmenares, Alcalde de Buenaventura, por la época del siniestro en que perdió la vida el señor Gerardo Montoya Hernández él inició la investigación penal correspondiente...".

"Según esto y otros datos que obran en el informativo, se ha iniciado una investigación criminal que podrá influir en el fallo civil...".

Pero ya se vio, que de una parte, tal declaración del Alcalde de Buenaventura, fue hecha de manera muy secundaria, y que ni mucho menos fue el móvil primordial de su declaración el afirmar, que se hubiera iniciado la investigación penal.

Pero aún aceptando, en gracia de discusión, que la declaración se hubiera contraído únicamente a ese punto, tampoco se podría aceptar como prueba, pues no es ésta la manera de probar la actuación judicial.

Además, "los otros datos que obran en el informativo" de que habla el Tribunal, no aparecen por parte alguna.

Es más; aún aceptando que figurara la *plena prueba* (subraya la Corte) de la existencia del juicio penal, ha sido doctrina constante de esta Superioridad sostener que "La suspensión del juicio civil según los términos del inciso 2º del artículo 11 del C. de P. P., no es, como puede observarse, en todo caso, sino cuando la decisión penal pudiera influir en el fallo. La suspensión no es automática, es decir, no se determina simplemente por la sola existencia del proceso penal. Si la decisión del Juez del crimen no pudiere tener tal influencia, no está obligado el Juez a ordenarla. No es, pues, de plano como la suspensión se opera".

"Naturalmente tal determinación u orden de suspensión habrá de tomarse en vista de los elementos que del proceso penal se lleven a la actuación civil, y si el Juez los apreciare indebidamente, apelada la providencia, el Superior habrá de revocarla".

Se tiene pues, que para poder decretar la suspensión del juicio civil, se hace preciso la demostración del hecho de la existencia del proceso penal, y como conclusión lógica de esa existencia, la de que proceda la suspensión en vista de los elementos que del proceso penal se lleven a la actuación civil, por la influencia que en éste pueda tener el fallo que llegue a dictarse en el penal.

En el caso de autos, el Tribunal de Cali no decretó la suspensión con observancia de tales requisitos, y mal podía hacerlo, desde luego que ni siquiera se estableció, según quedó dicho, que se estuviera adelantando la investigación penal correspondiente.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— REVOCA la providencia apelada, de fecha y procedencia indicadas, para disponer, en su lugar, que continúe la tramitación del presente juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER EN UNICA INSTANCIA DE CONTROVERSIAS ORIGINADAS EN CONTRATOS CELEBRADOS POR LA NACION

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles)

Al dársele traslado de la demanda con que se inició este asunto, el señor Fiscal 2º del Tribunal de Manizales propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, expresando que dicha demanda se fundó "en el hecho de haberle arrendado a la Nación el inmueble descrito en el punto 1º de la misma, en la forma y términos de que trata el documento privado aparejado a dicho libelo el no haber satisfecho la entidad arrendataria todos los cánones de la renta; en no haber restituído la cosa en el mismo estado en que la recibió, y en haberse obtenido esa restitución mediante juicio de lanzamiento".

Y luego agregó el señor Agente del Ministerio Público:

"En síntesis, lo que pretende el actor es que la Nación, como arrendataria, le satisfaga las prestaciones insolutas resultantes convencional y legalmente del contrato de arrendamiento referido.

"Y como conforme al artículo 40 del C. Judicial, la Sala Civil de única instancia (hoy de Negocios Generales, Ley 67 de 1943) conoce privativamente y en una sola instancia de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, como ocurre en el caso de autos, resulta que el H. Tribunal es incompetente para conocer de la demanda propuesta a nombre del señor Gutiérrez".

El incidente a que dió origen el anterior escrito del señor Fiscal fue fallado por el Tribunal Superior de Manizales mediante auto de fecha veintiocho de julio del presente año, por el cual se declaró probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta, alegándose como razón que a la luz de las peticiones y hechos de la demanda, y de acuerdo con lo previsto por el artículo 40 del C. J. el asunto venía a ser de competencia de la Corte Suprema de Justicia en única instancia.

Apelada la providencia en cuestión por el apoderado del demandante, entra ahora a resolver el recurso esta Sala de la Corte, agotados como están ya los trámites correspondientes.

Se considera:

En realidad, es muy claro el alcance de la controversia suscitada ante el Tribunal de Manizales por el señor Rafael Gutiérrez Hoyos. Que la Nación debe pagarle ciertas sumas por arrendamientos atrasados de un inmueble, por deterioros en la cosa arrendada y por gastos judiciales hechos para recuperarla, es a lo que se aspira en la parte petitoria de la demanda. Y además, para mayor precisión sobre el origen de la controversia, se expresa así el apoderado del señor Gutiérrez Hoyos en los hechos del libelo:

"Segundo. Por medio de documento firmado en Manizales el primero (1º) de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve (1949), mi poderdante señor Gutiérrez Hoyos arrendó el inmueble a que hago referencia a la Nación (el especificado en el hecho 1º), representada por el señor Ingeniero Contratista de la pavimentación de la carretera Manizales-Cartago y con la correspondiente aprobación del Ministerio de Obras Públicas, a razón de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) moneda corriente por cada mensualidad.

"Tercero.—La Nación ocupó la propiedad a que me vengo refiriendo desde el día en que se firmó el contrato, y desde ese día, por voluntad del contrato, se devengaron los arrendamientos, hasta el nueve de mayo de este año, en que se entregó judicialmente la propiedad al suscrito, representante y apoderado autorizado del propietario-arrendador, entrega que verificó, por comisión del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, el señor Juez Municipal de Santa Rosa de Cabal.

"Cuarto.—La Nación no pagó, a pesar de todos los requerimientos y súplicas de mi poderdante, los arrendamientos al precio convenido, desde el mes de septiembre, inclusive, hasta la fecha de

la entrega, es decir veintiun (21) meses (me refiero a septiembre de 1950), a razón de ciento cincuenta pesos ($ 150.00) cada uno, debidos hasta hoy, lo que representa en total la cantidad de tres mil ciento cincuenta pesos ($ 3.150,00) por cánones atrasados.

"Quinto.—Mi poderdante, en vista de que eran infructuosas todas sus intervenciones, inclusive hasta en la propia Presidencia de la República, hubo de demandar la entrega judicial de la propiedad ante el H. Tribunal, y al serle entregada, como pudo constatar el Juzgado comisionado para la entrega y el señor Personero Municipal de Santa Rosa, que asistió también, lo fue en pésimo estado, con los sembrados destruídos, las escalinatas, aleros, puertas, ventanas, paredes en el más pésimo estado, sin red de alumbrado, y otros graves daños....

"Séptimo.—De conformidad con las cláusulas del contrato, el Gobierno Nacional estaba obligado a entregar la casa en el mismo estado en que la había recibido, y la recibió en buen estado, como no sólo está constatado en el documento sino que probaré oportunamente en forma satisfactoria".

De esta suerte es fácil concluír, así por las peticiones como por los hechos de la demanda, que en este caso se trata de una controversia que proviene de un contrato de arrendamiento celebrado a nombre de la Nación con el señor Gutiérrez Hoyos; razón por la cual es indudable, como lo sostiene el Tribunal de Manizales en la providencia reclamada, que el asunto no es de su competencia en primera instancia, pues ésta le corresponde privativamente y en una sola instancia a la Corte Suprema de Justicia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 40 del C. J.

En mérito de lo cual, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA la providencia dictada en este asunto por el Tribunal Superior de Manizales con fecha veintiocho de julio del corriente año, por medio de la cual se declaró probada la excepción dilatoria de DECLINATORIA DE JURISDICCION propuesta por el señor Fiscal 2º de dicha Corporación.

Las costas del recurso son de cargo del apelante.

Cópiese y notifíquese.

Rafael Leiva Charry.—Luis A. Flórez.—Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION ORDINARIA DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciseis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis A. Flórez)

Mediante fallo proferido por esta Sala de Negocios Generales, con fecha 13 de diciembre de 1945, que aparece publicado a páginas 1190 y siguientes del Tomo LIX de la GACETA JUDICIAL, se declaró infundada la pretensión de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, en relación con el aviso que diera al Ministerio de la Economía Nacional (hoy de Minas y Petróleos) para efectuar trabajos de exploración con taladro, en busca de petróleo de propiedad particular, en la finca denominada "La Florida", ubicada en el Municipio de San Lorenzo, hoy Armero, Departamento del Tolima, singularizada por los siguientes linderos:

"Desde la confluencia de la quebrada de Las Cruces o la Mina con el río Sabandija, quebrada arriba hasta el pie de la cordillera de Las Cruces; de allí, siguiendo el camino que va de Méndez a los Dos Ríos hasta coronar la cordillera de Las Cruces, la cual va a morir en el punto de Alonzo, en el río Sabandija, de este punto, es decir de la parte culminante de la cordillera, siguiendo hacia el Sur, por todo el filo de dicha cordillera, la cual va a desaparecer en el Magdalena en el zanjón de Guadualito, hasta donde la atraviesa el camino público que sigue o conduce de Pachingua para Méndez; siguiendo dicho camino hasta el alto llamado 'El Guayacán' de este punto, siguiendo el filo de esa cordillera hacia el Magdalena, hasta donde nace el zanjón hondo, que está hacia el sur del Caney, que hoy posee Pablo Acuña y que antes era de Hilario Lozano; este zanjón abajo hasta el río Magdalena, Magdalena abajo hasta donde se encuentra la punta de la cerca del potrero llamado Sabandija, siguiendo dicha cerca hasta donde termina en el río Sabandija; Sabandija arriba hasta la boca de la quebrada de la Mina, primer lindero".

Para llegar a tal conclusión tuvo en cuenta la Sala que los documentos presentados por la Compañía avisante, en particular los títulos aducidos como emanados del Estado, no contenían mayor información respecto á los linderos de las tierras que se dicen amparadas con tales títulos, en cuyo caso, là indeterminación de ellas era un hecho ostensible, que le impedía entrar en el examen de fondo del derecho de propiedad alegado sobre las mismas, expresando sobre el particular lo siguiente:

"Apenas habría que agregar que si al través del expediente se vislumbran algunas alinderaciones arcifinias, ellas no bastan para lograr una completa determinación, porque, por una parte se anotan las deficiencias que se han mencionado en la motivación de este fallo, y por otra, no es posible señalarle una localización topográfica, para la cual habría sido indispensable una diligencia de inspección ocular. Sin la confrontación de los linderos escriturarios en el terreno de la realidad geográfica, queda el problema en la región retórica".

Posteriormente, tanto la Compañía avisante, como el señor Roberto Bonnet, quien afirma ser propietario de dichas tierras, obrando en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 7º de la ley 160 de 1936, en tiempo oportuno, presentaron, por conducto del mandatario judicial, constituído al efecto, demanda ordinaria contra la Nación, ante el Tribunal Superior de Bogotá, suplicando lo siguiente:

"*Primero.*—Que son de propiedad particular de mi mandante señor Roberto Bonnet, las mezclas naturales de hidrocarburos, cualquiera que sea el estado físico de aquéllas y que componen el petróleo crudo, lo acompañan o se derivan de él, inclusive el helio u otros gases raros y en general el petróleo, y que se encuentran o puedan encontrarse en un globo de terreno de propiedad de mi mandante, que se denomina 'La Florida' que está ubicado en el municipio de Armero, antes San Lorenzo, Departamento del Tolima, y que está demarcado así: (Los linderos que aparecen aquí son los mismos que atrás quedaron transcritos).

"*Segundo.*—Que en consecuencia la Compañía de Petróleo Shell de Colombia en virtud del contrato celebrado sobre este inmueble y que consta en la escritura pública número 679 de 2 de octubre de 1937, otorgada en la Notaría de Facatativá, tiene derecho a efectuar perforaciones con taladro en busca de petróleo de propiedad particular en el terreno alindado anteriormente, así como también a

explotar dicho petróleo y demás hidrocarburos que allí existan.

"*Tercero.*—Que como consecuencia de las dos peticiones anteriores se declare que queda sin valor ni efecto la sentencia de fecha 13 de diciembre de 1945, proferida por la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— en el juicio breve y sumario surgido con ocasión del aviso de perforación con taladro dado por la Compañía de Petróleo Shell de Colombia sobre el inmueble antes mencionado".

Como fundamentos de hecho se adujeron los siguientes:

"1º—El señor Roberto Bonnet es dueño del suelo y del subsuelo de la finca llamada 'La Florida', alindada en la forma antes expresada.

"2º—En escritura pública número 679 de 2 de octubre de 1937 otorgada en la Notaría de Facatativá consta el contrato sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad privada, celebrado entre el propietario nombrado y la Compañía de Petróleo Shell de Colombia en relación con la finca llamada 'La Florida'.

"3º—Por escritura número 573 de fecha 7 de julio de 1927 de la Notaría de Honda, Roberto Bonnet vendió a Rafael González un pequeño lote de terreno que hace parte de la finca 'La Florida', y que está comprendido dentro de la alindación mencionada, que fue excluído del contrato celebrado con la Compañía, y por tanto queda excluído de esta demanda.

"4º—Roberto Bonnet adquirió la mencionada finca 'La Florida' por permuta celebrada con la señora Micaela Ortiz de Bonnet, por medio de apoderado, por escritura número 243 de 14 de febrero de 1922, otorgada en la Notaría Tercera de Bogotá.

"5º—Por escritura número 204 de 8 de febrero de 1922 de la Notaría Tercera de Bogotá, Micaela Ortiz de Bonnet confiere a Juan de Dios Ortiz, poder general, inclusive para enajenar bienes raíces.

"6º—Micaela Ortiz de Bonnet adquirió dicho inmueble por adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de José Bonnet protocolizado por escritura número 2269 de 27 de octubre de 1920, de la Notaría Tercera de Bogotá.

"7º—José Bonnet adquirió el referido inmueble por adjudicación que se le hizo en la partición de bienes verificada con Vicente Ortiz Durán y que consta en la escritura número 807 de 21 de mayo de 1880 de la Notaría Segunda de Bogotá.

"8º—José Bonnet y Vicente Ortiz Durán adquirieron dicha finca por compras así: a) A Narciso González y otros, por escritura número 1044 de 10 de julio de 1879; b) A Manuel Umaña y otros por escritura número 1808 de 22 de octubre de 1878, y c) A Bernardina Santamaría de Restrepo por escritura número 1802 de 21 de octubre de 1878 otorgadas todas en la Notaría Segunda de Bogotá.

"9º—Los nombrados González, Umaña, Santamaría y demás vendedores adquirieron los respectivos derechos en la finca 'La Florida', por adjudicación que se les hizo en la liquidación de la Sociedad Agrícola Anglo-Colombiana, por escritura número 1574 de 14 de septiembre de 1878 pasada en la Notaría Segunda de Bogotá.

"10º—Por escritura número 845 de 21 de mayo de 1867 de la Notaría Segunda de Bogotá, se prorrogó la Sociedad Agrícola Anglo-Colombiana.

"11º—La Sociedad Agrícola Anglo-Colombiana se constituyó por escritura pública número 722 de 17 de abril de 1865 de la Notaría Segunda de Bogotá, y a ella se aportó la finca 'La Florida', antes tierras de Méndez y al propio tiempo se disolvió la Sociedad Crosthwaite & Cía.

"12º—Por escritura número 1070 de 1º de octubre de 1860 otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, se prorrogó la Sociedad Crosthwaite & Cía.

"13º—Por escritura número 559 de 3 de junio de 1857 de la Notaría Primera de Bogotá, se prorrogó la Sociedad Crosthwaite & Cía., y se declaró que las tierras de Méndez pertenecían a la Sociedad aunque las hubieran adquirido los socios personalmente.

"14º—La Sociedad Crosthwaite & Cía., se constituyó por escritura número 872 de 30 de julio de 1855 de la Notaría Primera de Bogotá.

"15º—Abraham Crosthwaite y otros adquirieron las tierras de Méndez, hoy 'La Florida' por compra a Espíritu Vanegas por escritura número 77 de 28 de abril de 1857 de la Notaría de Ambalema.

"16º—Espíritu Vanegas adquirió las mismas tierras por compra a Ignacio Lezama por escritura número 510 de 25 de noviembre de 1853 otorgada en la Notaría de Ambalema.

"17º—Ignacio Lezama compró las mismas tierras de Méndez a Diego A. Viana por escritura sin número de 31 de agosto de 1852 pasada en la Notaría de Honda.

"18º—Diego A. Viana compró las mencionadas tierras a Mateo Viana por escritura sin número de 7 de mayo de 1852 pasada en la Notaría de Honda.

"19º—Mateo Viana adquirió las tierras de Méndez por transacción celebrada con el Colegio de San Simón de Ibagué y que consta en escritura sin número de 15 de octubre de 1850 de la Notaría de Ibagué.

"20º—En las copias de documentos de 1848 relacionados con las tierras de Méndez consta la pro-

piedad y posesión de dichas tierras y la terminación del respectivo juicio seguido entre el Colegio de San Simón y Mateo Viana.

"21º—Por escritura sin número de 16 de marzo de 1849 de la Notaría de Ibagué, Antonio Salazar se subroga en un contrato sobre las mismas tierras.

"22º—Por escritura sin número de 17 de mayo de 1848 otorgada en la Notaría de Honda, Jacinto y Clemente Bañuelos como herederos de Joaquín Crespo vendieron a Mateo Viana las tierras de Méndez.

"23º—Por escritura sin número de 3 de julio de 1835 de la Notaría de Ibagué, el Presbítero Pedro Aguirre recibe en arrendamiento las tierras de Méndez y se hace cargo de un censo sobre las mismas.

"24º—Por escritura sin número de 23 de julio de 1828 de la Notaría de Honda, Pablo Castillo toma en arrendamiento al Colegio de San Simón las tierras de Méndez.

"25º—Por escritura sin número de 13 de enero de 1823 de la Notaría de Mariquita, Miguel Serna reconoce un censo sobre las tierras nombradas de Méndez, pertenecientes al Convento suprimido de San Francisco.

"26º—La ley de 6 de agosto de 1821 suprimió los Conventos menores, entre ellos el de San Francisco, y dispuso que sus bienes pasaran a la instrucción pública, por lo cual las propiedades del Convento de San Francisco, entre ellas las tierras de Méndez pasaron al Colegio de San Simón, creado por decreto de 21 de diciembre de 1822.

"27º—Por escritura sin número de 4 de noviembre de 1818 de la Notaría de Mariquita, Miguel, Antonio y Ana María Escandón ceden al Convento de San Francisco las tierras llamadas del pueblo de Méndez, que obtuvieron por herencia de Dionisia Crespo, hermana de Joaquín Crespo Malo.

"28º—En copia expedida por el Juzgado del Circuito de Honda, figuran los inventarios practicados en la sucesión de Joaquín Crespo Malo, y aparecen incluídas y avaluadas las tierras de Méndez en el año de 1809.

"29º—En escritura sin número de 2 de septiembre de 1809, de la Notaría de Mariquita se contiene el testamento de Joaquín Crespo Malo y Escandón donde se mencionan como de su propiedad las tierras del pueblo de Méndez.

"30º—La escritura sin número de 15 de mayo de 1809 pasada en Mariquita contiene el poder para testar que otorga Joaquín Crespo Malo.

"31º—En las copias expedidas por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, tomadas del Tomo VII de Temporalidades, de la ejecución seguida en 1792 por el ramo de Temporalidades contra José Joaquín Crespo Malo aparecen varios documentos que acreditan la propiedad y posesión del ejecutado nombrado en las tierras de la Laguna, las que comprendían y abarcaban las tierras de Méndez, y que fueron embargadas y depositadas en dicho juicio, pero sin que se hubiera llevado a efecto remate alguno.

"32º—En escritura sin número de 3 de abril de 1784, otorgada en Mariquita, José Joaquín Crespo Malo reconoce una capellanía e hipoteca en las tierras de la Laguna.

"33º—La escritura sin número de 25 de agosto de 1770 de Mariquita, contiene el testamento de Bernarda Díaz Escandón, esposa de José Joaquín Crespo Malo, e instituye como herederos a sus hijos, entre ellos a Joaquín Crespo Malo y Dionisia Crespo, y menciona como de su propiedad las tierras de la Laguna, que fueron adquiridas de Juana Garzón en 1741 por su esposo José Crespo Malo, y el 10 de marzo de 1773 se hizo el inventario de los bienes respectivos, entre ellos de la finca la Laguna, y se estableció la explotación económica.

"34º—Por escritura de 4 de octubre de 1775 Fernando Díaz Escandón recibe de Bernarda Díaz Escandón en arrendamiento las tierras de la Laguna, con alinderación.

"35º—El testamento otorgado en 1770 por Fernando Díaz Escandón menciona una capellanía en las tierras de la Laguna.

"36º—Por escritura de 13 de agosto de 1760, de Mariquita, Liberatá Bohórquez dona a Fernando Díaz Escandón el derecho de patronato que le corresponde sobre tierras de la Laguna.

"37º—En las copias expedidas por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, tomadas del Tomo XX, tierras de Cundinamarca del juicio seguido en el año de 1745, entre el Convento de Santo Domingo, Diego Mazuca y José Crespo Malo, consta la orden dada por la Real Audiencia para restituir a José Crespo Malo en la posesión de las tierras de la Laguna, y lo ampara en la posesión de dichas tierras.

"38º—En copias expedidas por el Archivo Histórico Nacional, tomadas del Tomo XXXVIII de 'Cacique e Indios' consta la merced otorgada en Mariquita el 12 de abril de 1652 al Gobernador Gaspar de Mena Loyola, de una estancia de ganado mayor, en las tierras de la Sabandija, de esta parte del río grande de la Magdalena, y la comprobación con testigos de la posesión en que estaba desde hacía 40 años, y dentro de las tierras mercedadas se encuentra la finca 'La Florida'. En las mismas copias, tomadas del Tomo LXXI de Miscelánea C. aparece probado que dichas tierras estaban explotadas económicamente.

"39º—Sobre estas tierras ha existido una explotación económica desde tiempo inmemorial, que da lugar a una justa prescripción conforme a las leyes vigentes en la época colonial y en la republicana.

"40º—Existe una cadena ininterrumpida de títulos sobre estas tierras en un lapso mayor de 150 años.

"41º—Existen sobre las mismas tierras, mercedes, ventas, entregas, posesiones y otros títulos y actos del Estado, en cuya virtud se desprendió de dichas tierras, tanto en el suelo como en el subsuelo.

"42º—Las tierras llamadas de 'La Florida', en mayor extensión salieron legalmente del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

"43º—Mi poderdante señor Roberto Bonnet y sus antecesores en el dominio han tenido una posesión quieta, pacífica y continua y han explotado económicamente dicho inmueble en el lapso mayor de tres siglos.

"44º—Con fecha 13 de diciembre de 1945, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en juicio breve y sumario negó el permiso solicitado para explotar con taladro la finca mencionada, por considerar que no estaba debidamente identificada la finca respectiva.

"45º—Se está dentro del plazo legal para iniciar esta acción ordinaria".

Como razones de derecho se invocaron: los artículos 4º de la ley 37 de 1931, 10º de la ley 160 de 1936; las leyes de 6 de agosto y 13 de octubre de 1821, la ley de 4 de junio de 1866; las constituciones de 1886, 1858 y 1863; el Decreto Ejecutivo número 2585 de 19 de agosto de 1861; leyes de 4 de marzo de 1863 y 17 de noviembre de 1869 del Estado Soberano del Tolima, y las demás disposiciones pertinentes.

En el Tribunal, se adelantó el juicio hasta ponerlo en estado de fallar, y en esta situación sobrevinieron los hechos del 9 de abril de 1948, entre los cuales se destaca el del incendio del Palacio de Justicia, y por consiguiente el expediente contentivo de dicho juicio.

Los demandantes procediendo de acuerdo con el Decreto Legislativo número 1683 de aquel año, solicitaron y obtuvieron del Tribunal la reconstrucción del referido juicio, que culminó con el fallo de 8 de septiembre de 1951, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º—Niéganse las peticiones primera y segunda y tercera de la demanda, y como consecuencia, se absuelve a la Nación de los cargos en ella formulados; y

"2º—Condénase a los actores a pagar las costas del juicio".

De esa decisión pasa a ocuparse esta Sala de Negocios Generales de la Corte, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado demandante, surtida como aparece la tramitación propia de la segunda instancia.

Conviene advertir, que acá, no obstante haber solicitado y obtenido la parte actora la apertura del juicio a pruebas, ninguna produjo, y ni siquiera alegó de conclusión; en consecuencia, los elementos de juicio que tiene a la vista la Sala para informar su criterio, son los mismos que tuvo a la vista el Tribunal, o sean los documentos y títulos escriturarios que se mencionan en la relación de hechos, cuya reproducción se hizo literalmente, y además la copia auténtica del fallo de esta Sala, a que antes se aludió.

Ahora bien, como tales documentos y títulos vienen a ser los mismos que se adujeron en el juicio breve y sumario, para demostrar la propiedad privada del petróleo que pueda encontrarse en el globo de terreno, o más propiamente en la mencionada finca de "La Florida", y como aún subsiste la indeterminación de esas tierras, comoquiera que la parte interesada no se preocupó por establecer la determinación echada de menos, con la práctica de la diligencia adecuada, o sea la de una inspección ocular, ora en la primera instancia, o bien en esta segunda de este juicio ordinario, forzoso es concluir sobre la legalidad del fallo apelado bastando para ello, las jurídicas razones ya expuestas por la Sala en su fallo de la referencia, y acogidas por el *a quo* en su decisión, como asimismo lo observa la Procuraduría en su alegato de conclusión.

Y sin más consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CONFIRMA la sentencia apelada, de fecha y procedencia indicadas, con costas a cargo del recurrente.

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

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

ACUMULACION DE AUTOS

Como lo expresan los comentadores y la jurisprudencia, el objeto de la acumulación es el de disminuir el número de pleitos, con lo cual se evitan erogaciones innecesarias a los litigantes y, sobre todo, se impiden los fallos contradictorios, que ocasionan desprestigio para la administración de justicia.

Al efecto dice el artículo 396 de Código Judicial que la acumulación de autos es la reunión de dos o más procesos para sustanciar y decidir en un solo juicio los asuntos a que se refieren. Y el 397 añade que se puede decretar solamente en dos casos, esto es, cuando de seguirse separadamente los juicios, se divide la continencia de la causa; o en los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, que atraen las ejecuciones que se sigan contra el deudor o cuando en juicios ejecutivos se persiguen los mismos bienes.

El artículo 398 del citado código especifica los casos en que puede considerarse dividida la continencia de la causa, que son los siguientes:

1º Cuando son unos mismos los litigantes, una misma la acción y una misma la cosa litigiosa, y, en general, cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro.

2º Cuando las acciones son diversas, pero la cosa y los litigantes son los mismos.

3º Cuando son distintas las cosas, pero la acción y los litigantes son los mismos.

4º Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas; y

5º Cuando la acción y la cosa son las mismas, y las personas distintas, como en los juicios de partición y de deslinde.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos.

(Magistrado Ponente, Dr. Agustín Gómez Prada)

Dentro del juicio ordinario que en nombre del doctor José Vicente Morales adelanta el doctor José Chalela Ch. contra la Nación, le pidió éste al Tribunal Superior de Bogotá la acumulación de los juicios, también ordinarios, que igualmente contra la Nación adelantan las siguientes personas:

Antonio Gómez Arrubla, Daniel Escallón, B. Botero R., Bernardo Villegas, Leonidas Mazuera, Mustafá Hermanos, Emilio Matuk y Cía., Pablo Castaño, Abel Rachid, Uribe Hermanos, Elías Rima, M. y S. Kadamani, Carlos A. Gaitán, Vitelio Vargas, David Ranz La Fuente, Rosa María Morales de Matuk, V. Ramón Hernández, Gonzalo Botero E., Antonio Medina Pinzón, Arturo Dueñas, Luis Carlos Vásquez, Daniel de La Torre Montoya, Isaac Perlman, Harry Constantin, Hans Hungar, Max Dietz, Pablo González T., Camilo Cortés Zapata, José del C. Rodríguez, Jorge Soto Méndez, Eugenia Uribe de Restrepo, Hurtado y Cía. Ltda. y Alfredo Michelsen.

El Tribunal, en providencia de 2 de julio último, decretó la acumulación de los procesos que se dejan relacionados.

El Fiscal 4º del Tribunal interpuso el recurso de apelación contra dicha providencia y por ello debe revisarla esta Sala de la Corte.

Razones del solicitante.—Para pedir la acumulación alega el apoderado de los actores, en síntesis, que el demandado es uno mismo, o sea, la Nación; que lo que se reclama es idéntico, esto es, el resarcimiento de los daños sufridos con ocasión de los sucesos del 9 de abril de 1948; que la causa de hecho es igual y, por tanto, las pruebas son también iguales; y, en fin, que la causa de derecho es una en todos los procesos, como que se encamina a demostrar los factores que tradicionalmente han configurado la culpa extracontractual.

De esta suerte, se hallan reunidas las condiciones que para hacer una acumulación de autos contempla el ordinal 5º del artículo 398 del Código Judicial, o sea, que la acción y la cosa sean las mismas y los actores distintos.

Agrega que es tal la identidad de objeto y de causa en los juicios, que la sentencia que recaiga en

cualquiera de ellos puede dar lugar a la excepción de cosa juzgada en los otros.

En su alegato ante la Sala amplía los anteriores razonamientos y añade que tendría que "repetir la misma prueba en cada uno de los juicios, lo cual gravaría en forma exagerada los intereses de los demandantes", comoquiera que ella consiste, para todos y cada uno de los procesos, en el certificado expedido por la Junta Informadora de Daños y Perjuicios, que establece el carácter de damnificado y la cuantía de los daños sufridos por los actores.

Razones del Tribunal.—El Tribunal, para decretar la acumulación, considera que en el caso concurren dos de los elementos comunes que la ley exige al efecto: la parte demandada es la misma, o sea, la Nación, y en cada uno de los pleitos se pretende su condena para obtener el resarcimiento de los perjuicios causados con los mismos hechos, esto es, los sucesos ocurridos el 9 de abril y siguientes de 1948, por culpa de la dicha parte demandada.

"Se recalca sobre la identidad de causa —dice el Tribunal— porque este concepto, según lo ha repetido la Corte, es el título o motivo jurídico de la pretensión, el cual resulta del hecho o de la serie de hechos afirmados en la demanda como soporte o fuente inmediata de la petición, en forma que los efectos que se pretende obtener con la sentencia se hacen deducir como efectos de aquélla. Por ello se acepta que la razón de hecho sí se identifica con la *causa petendi* o causa de la sentencia, según la doctrina de los expositores".

Razones del señor Procurador.—Considera, por su parte, el señor Procurador que en el caso que se estudia se hallan reunidos los elementos que para la acumulación de autos requiere el ordinal 4º del artículo 398 del Código Judicial.

En efecto, aunque son distintos los demandantes, es una misma la cosa demandada, una misma la causa de hecho, una misma la acción y con esta acción se persigue el mismo efecto jurídico en que consiste el fundamento de la pretensión.

En cuanto a la causa anota que la jurisprudencia acepta como posible la unidad de causa en las obligaciones extracontractuales de que son acreedores distintos sujetos entre los cuales no media ninguna conexión jurídica por razón de la titularidad de sus derechos y quienes están en capacidad de reclamarlos compareciendo juntos en litis consorcio impropio.

Las pruebas presentadas.—De las pruebas presentadas consta que en todos los procesos de cuya acumulación se trata, la parte demandada es la misma, o sea, "la Nación"; idéntica es también la acción intentada, esto es, la ordinaria y para cobrar "los perjuicios ocasionados por los sucesos del 9 de abril y siguientes de 1948"; y en fin, sólo las personas demandantes son distintas (f. 7 del c. 2).

No se presentó la demostración de que las pruebas solicitadas en todos los juicios son o serán las mismas, pues apenas se trajo copia del escrito en que el apoderado pide las correspondientes al proceso del doctor José V. Morales contra la Nación.

Mas, como ya se advirtió, el señor apoderado alega que los decretos expedidos por el Gobierno para señalar los perjuicios sufridos por cada uno de los damnificados, producen una unificación de la prueba. Por eso conviene anotar sucintamente lo que existe en este particular.

El decreto 1255 de 1948 creó la Junta Informadora de Daños y Perjuicios, con el objeto de hacer la estadística de las personas perjudicadas con motivo de los sucesos del mes de abril del mismo año, levantar la información "completa y detallada" de los daños sufridos "por cada uno de los damnificados", con el examen de "todos aquellos factores que permitan conocer en una forma exacta la cuantía de los daños y perjuicios y el patrimonio del damnificado".

Y en el artículo 10 del decreto número 1766 del mismo año (ratificado por la ley 90 de 1948) se establece que para los efectos de dicho decreto (exención de impuestos y préstamos a los damnificados) "se tendrá como monto de las pérdidas de los damnificados el que exprese el certificado que expida la Junta Informadora de Daños y Perjuicios creada por Decreto legislativo 1255 de 1948, la cual hará constar también en el mismo documento el valor del patrimonio restante del damnificado".

Deben hacerse ahora las consideraciones pertinentes para resolver lo que se estime legal.

Consideraciones de la Sala. — Como lo expresan los comentadores y la jurisprudencia, el objeto de la acumulación es el de disminuir el número de pleitos, con lo cual se evitan erogaciones innecesarias a los litigantes y, sobre todo, se impiden los fallos contradictorios, que ocasionan desprestigio para la administración de justicia.

Al efecto dice el artículo 396 del Código Judicial que la acumulación de autos es la reunión de dos o más procesos para sustanciar y decidir en un solo juicio los asuntos a que se refieren. Y el 397 añade que se puede decretar solamente en dos casos, esto

es, cuando de seguirse separadamente los juicios se divide la continencia de la causa; o en los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, que atraen las ejecuciones que se sigan contra el deudor o cuando en juicios ejecutivos se persiguen los mismos bienes. Como aquí no se trata de esta última clase de procesos, es obvio que sólo se podrá decretar la acumulación en el primer caso, esto es, para que no se divida la continencia de la causa, si se llenan las condiciones previstas por la ley.

El artículo 398 del citado código especifica los casos en que puede considerarse dividida la continencia de la causa, que son los siguientes:

1º Cuando son unos mismos los litigantes, una misma la acción y una misma la cosa litigiosa, y, en general, cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro.

2º Cuando las acciones son diversas, pero la cosa y los litigantes son los mismos.

3º Cuando son distintas las cosas, pero la acción y los litigantes son los mismos.

4º Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas; y

5º Cuando la acción y la cosa son las mismas, y las personas distintas, como en los juicios de partición y de deslinde.

Haciendo igual aplicación a la que hizo la Sala en un caso semejante, puede considerarse que la ocurrencia de ahora encuadra dentro de lo previsto en el ordinal cuarto del artículo citado, pues las acciones provienen de la misma causa. Como la jurisprudencia y los comentadores lo expresan, "pueden acumularse las acciones de uno contra varios o de varios contra uno u otros, siempre que ellas procedan de un mismo título, o sea, de una misma causa de pedir". (Fallo de 2 de junio de 1938, G. J. Tomo XLVII, número 1942, página 365, y Derecho Procesal Civil de Manuel de La Plaza, Tomo I, página 326). En éste como en el caso que contempló la Corte las demandas de que se trata cumplen los requisitos del ordinal citado: "identidad de causa o título para pedir, diversidad de personas que reclaman".

En otros fallos expresó la Sala que por causa debe entenderse la *causa petendi*, pues el derecho reclamado es uno de los elementos esenciales de la acción. Dicho de otro modo y, siguiendo a Chiovenda, la *causa petendi* es el hecho constitutivo de la acción, pero no un hecho cualquiera sino un hecho jurídico que en las acciones de condena se traduce en la existencia del derecho a una prestación (Fallos de 30 de noviembre de 1951 y de 5 de febrero de 1952, G. J. Tomo LXX, números 2110-11, página 259).

Si, como se dijo entonces, la causa es "el título en virtud del cual adquirimos un derecho", puede existir la identidad de causa en las obligaciones extracontractuales de que son acreedores distintos sujetos, pues bien sabido es que una de las fuentes de las obligaciones son los delitos, las culpas y, en general, todo hecho dañoso que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona (artículos 2341 y 2356 del C. C.). Como lo alega la Procuraduría, en el evento "*sub iudice* el hecho material es la única causa o fundamento de la indemnización que se reclama, por lo cual la causa de pedir es una misma en los diversos juicios que se pretende reunir".

Ahora, los hechos del 9 de abril y siguientes, no pueden separarse para considerar que lo sucedido en un sector de la ciudad de Bogotá, por ejemplo, o en la propiedad de un sujeto, fue distinto e independiente de lo ocurrido en otro sector o en otra propiedad, porque la naturaleza misma de las cosas indica que se trata de la misma serie de hechos y, sobre todo, porque en todas las demandas y para todos y cada uno de los actores tales hechos dieron motivo a la negligencia de la Nación, en forma continuada o permanente que los unifica.

En fallo de 9 de noviembre de 1951, también expresó la Corte que "para que proceda la acumulación de autos con arreglo al caso definido en inciso cuarto de que se trata, es necesario que la causa de pedir sea una misma respecto de los distintos litigantes, circunstancia que lógicamente determina el vínculo del interés jurídico entre ellos". (G. J. Tomo LXX, números 2107-08, página 936).

Por último, no cabe confundir el evento que se estudia con el de los fallos de 30 de noviembre de 1951 y de 5 de febrero de 1952, pues allá se presentaba el caso de diversos sujetos que reclamaban la propiedad de predios distintos: el derecho de cada cual era exclusivo e independiente del de los demás,

sin que tal derecho proviniera del mismo título u obligación. En este caso, expresó la Sala, "las pretensiones de los demandantes se fundan principalmente en ser ellos titulares del derecho de propiedad de fundos distintos e invocan para tal demostración títulos diferentes que vienen siendo la causa sustancial de sus demandas. No puede decirse, pues, en tales condiciones, que sea una misma la causa de pedir en los diversos juicios". (G. J. Tomo LXX, números 2110-11, página 259).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia apelada de que se ha venido hablando.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Rafael Leiva Charry. — Luis A. Flórez. — Agustín Gómez Prada. — Luis Rafael Robles. — Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Se imponen sanciones disciplinarias a los Magistrados de un Tribunal Superior.—Para que la omisión o el retardo en el despacho de los asuntos sean sancionables disciplinariamente, se requiere que sean injustificados.—Impone la Corte una multa de cien pesos ($ 100.00) moneda corriente a cada uno de los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena, doctores Francisco de P. Manotas, Patricio Villalba, Francisco Rodríguez Badel, Ramón Mercado y Augusto Miranda, y una multa de doscientos cincuenta pesos moneda corriente ($ 250.00) al Magistrado del mismo Tribunal, doctor Alario di Filippo, como sanción disciplinaria por varias faltas denunciadas por el doctor Marcelino González Tordecillas, en escrito dirigido al Presidente de la Corte Suprema de Justicia.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 601

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pedro Castillo Pineda, Luis A. Flórez, Pablo Emilio Manotas y Gerardo Arias Mejía 613

Se declara exequible un proyecto de ley.—Declara la Corte que es exequible el proyecto de ley "por la cual se auxilia al Municipio de Riosucio (Caldas), para la construcción de una plaza de mercado".—Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 615

Queja contra un Magistrado de un Tribunal Superior.—En el caso del artículo 4º del Decreto 3665 de 1950, aunque se trata de una acción pública y el procedimiento es oficioso, no es posible dar curso al proceso si falta la prueba o el principio de prueba por escrito de los hechos, cuando es a petición de un particular.—Se resuelve que no hay lugar a imponer sanción disciplinaria alguna al doctor Rafael Marriaga, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla y Presidente del mismo, por los cargos que le hizo el doctor José Francisco Angulo en el memorial de queja dirigido a la Corte.—Magistrado ponente: doctor Rafael Leiva Charry 617

SALA DE CASACION CIVIL

El error de derecho en la apreciación de una prueba, no determina por sí solo la casación del fallo.—Debe demostrarse que a consecuencia de la violación de la norma puramente probatoria, se ha infringido otra sustantiva.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario de Evangelina Mendoza contra María Luisa Alvarez y otros, sobre reivindicación.—Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas 622

Acción de indemnización de perjuicios.—Influencia del fallo penal en el juicio civil.—La Corte no casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Amalia Naranjo Borrero de Prieto y otras contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda 625

Enajenación de bienes de menores.—Cómo se satisface el requisito del conocimiento de causa que debe determinar la autorización judicial para vender bienes de menores.—Peritazgo.—Causal sexta de casación.—Por esta causal pueden alegarse sólo los motivos de nulidad en que ha podido incurrirse dentro del mismo juicio en que se profirió la sentencia recurrida.—En el juicio ordinario que Sofía Montes de Saa siguió contra Ernestina Muñoz de Jiménez y contra la sociedad San Antonio, Limitada, sobre nulidad de una diligencia de remate y sobre reivin-

Págs.

dicación y otros objetos, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente: Dr. Guaberto Rodríguez Peña 629

Acción de indemnización de perjuicios.—Técnica de casación.—En el juicio ordinario que la madre y unos hermanos de Carlos Arturo Torres Martínez siguieron contra la sociedad "Hato de San Vicente, Sociedad Limitada", sobre indemnización de perjuicios ocasionados con la muerte de aquél, no se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá. — Magistrado ponente: doctor Gerardo Arias Mejía 640

Acción de indemnización de perjuicios.—Causal primera de casación.—El error de hecho en la apreciación de pruebas.—Influencia del fallo penal en el juicio civil.—Valor en éste de la sentencia penal absolutoria por falta de prueba suficiente de la imputabilidad del procesado.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Santa Marta profirió en el juicio ordinario seguido por Ernesto Rubio contra la sociedad The Santa Marta Railway Company Limited.—Magistrado ponente: doctor Alfonso Bonilla Gutiérrez 643

Acción de filiación natural.—Posesión notoria del estado de hijo.—Es inadmisible que el término de diez años, señalado para la duración de los actos constitutivos, pueda reducirse cuando físicamente se hizo imposible el transcurso de aquél.—No se casa la la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en el juicio ordinario seguido por Gabrielina Valenzuela, como madre natural de Dora Valenzuela, contra Gabrielina Pinzón, madre legítima de Gustavo Pinzón. — Magistrado ponente: doctor Gualberto Rodríguez Peña 652

Acción de simulación.—Causal segunda de casación.—Cuando el fallo recurrido se apoya sobre varias pruebas, no basta acusar por errónea apreciación de algunas, sino que es necesario atacarlo por error en la apreciación de todas las pruebas, para que el cargo sea viable siquiera formalmente.—Las partes carecen de interés para demandar en casación una sentencia en lo que les es favorable.—El error de hecho como causal de casación.—En el juicio ordinario seguido por Adelina Navarrete contra Eloisa Fonseca Navarrete, no se casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda 658

La apreciación de la prueba por el Tribunal no puede ser impugnada con éxito en casación, si el ataque de que es objeto se restringe al criterio que el sentenciador de segunda instancia se haya formado con relación a algunos elementos probatorios aportados al litigio.—Aunque las oposiciones a una adjudicación de un baldío se sustancian por la vía ordinaria, no se trata de un juicio ordinario independiente de la actuación administrativa; y, por consiguiente, el escrito que contiene la oposición, no es necesario que se ajuste estrictamente a los términos de los artículos 205, 737 y 222 del Código Judicial.—La Corte no casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio que se originó con la oposición formulada por el doctor Elías Salazar García a la solicitud de adjudicación de un terreno baldío hecha por el señor Luis Mejía.—Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas .. 664

Acción de nulidad de un contrato.—Representación de las herencias en juicio.—Estipulación para otro.—En el juicio ordinario que Antonino Moncayo siguió contra Rosario Ariza de Moncayo y otros, la Corte no casa la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Pasto.—Magistrado ponente Dr. Gualberto Rodríguez Peña 674

Acción reivindicatoria. — Técnica de casación. — Violación directa y violación indirecta de la ley sustantiva. — Casación por errónea apreciación de pruebas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario que Julián Cepeda B. siguió contra Salvador Daza y otros. — Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 679

Págs.

En el juicio ordinario que se origina en las objeciones al deslinde practicado en el especial, no se puede discutir lo relacionado con la personería del actor para demandar el deslinde.—Se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Ibagué profirió en el juicio ordinario que se originó en las oposiciones formuladas por las dos partes en el juicio de deslinde y amojonamiento, a la línea divisoria de los predios "Balsillas y Limón" y "Santa Lucía". Dicho juicio se adelantó entre Digna María Beltrán, como demandante, y Alejandrino Morales, como demandado.—Magistrado ponente: doctor Gerardo Arias Mejía 683

Casación por errónea apreciación de indicios. Diferencias entre las causales primera y tercera de casación.—Cuando en un juicio se invocan las acciones de nulidad y restitutoria, para que esta última prospere es necesario que esté establecido que el reo es poseedor del bien o bienes perseguidos en reivindicación.—En el juicio ordinario seguido por Antonio Dorsonville contra su segunda esposa, María Zárate, y contra sus hijos Carlos Dorsonville Zárate, Mario Dorsonville Zárate y Manuel Antonio Dorsonville Acero, la Corte casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: doctor Gerardo Arias Mejía 695

No es el caso de aclarar la sentencia anterior.—En relación con la solicitud formulada por el apoderado de la parte demandada para que se aclarara la sentencia de que dá cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice, resuelve la Corte que "no hay materia sobre qué resolver, pues la sentencia examinada no ofrece motivo de duda en ninguna de sus partes".—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 708

La nulidad del remate como actuación procesal, es cuestión puramente adjetiva, y las causas que pueden determinarla están taxativamente previstas en el Código de Procedimiento. — La antelación de veinte días, no es necesaria para la publicación del aviso en la prensa, sino basta que éste se publique antes del remate.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el juicio ordinario seguido por Lázaro Escobar E. contra el doctor Honorio Velásquez y otro, sobre nulidad de un juicio ejecutivo y del remate en él verificado y sobre otros objetos. — Magistrado ponente: Dr. Alberto Holguín Lloreda 709

Acción de nulidad de un testamento—Cuándo puede variarse en casación la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas del juicio.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario que Josefina Cancelada siguió contra Abelardo Fernández Bustos y otros. — Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 715

Acción resolutoria de un contrato de compraventa y subsidiaria de cumplimiento del mismo.—La acción especial de que trata el artículo 887 del Código Civil no tiene lugar cuando el cumplimiento se demanda en subsidio de la resolución del contrato.—En el juicio ordinario de Manuel Antonio Sierra y otra contra el doctor Francisco A. Sierra M., se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín. — Magistrado ponente: doctor Manuel José Vargas 721

Alcance de la soberanía del juzgador de instancia para apreciar las pruebas, aún la de indicios, en asuntos de simulación.—Se casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por María del Carmen Bernal Cortés de Fernández como heredera de Paulina Cortés de Bernal, contra Eduvina Sánchez de Bernal y otros.—Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Cuervo A. 730

Prueba de los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública.—Cesión de derechos litigiosos.—Prescripción ordinaria de inmuebles.—En el juicio ordinario que el doctor Rafael Ignacio García, Aristóbulo Yepes y otro siguieron contra Guillermo Quimbay y otra, sobre reivindicación, la Corte casa parcialmente la senten-

Págs.

cia que profirió el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 738

Acción reivindicatoria.—Cuándo hay lugar al saneamiento por la evicción. — Auto para mejor proveer.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, proferida en el juicio ordinario seguido por Rosa Ana Prada Blanco contra Lucas Martínez Martínez y, por denuncia del pleito hecha por éste, contra María Antonia Prada Blanco.—Magistrado ponente: doctor Pablo Emilio Manotas 745

Causal segunda de casación.—La incongruencia puede encontrarse sólo en la parte resolutiva de los fallos. — Las obligaciones a cargo de poseedor de buena fe vencido en acción reivindicatoria y los derechos del mismo, pueden ser reconocidos oficiosamente en la sentencia.—La Corte casa parcialmente la sentencia que el Tribunal Superior de Buga profirió en el juicio ordinario que Evangelina López de Bohórquez siguió contra Joaquín Mejía M. — Magistrado ponente: Dr. Pablo Emilio Manotas 753

Sólo la violación de ley sustantiva puede hacer prosperar el recurso de casación.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga en el juicio ordinario que sobre reivindicación siguió Isabel Arias de Cruz contra Alfredo García Marín.—Magistrado ponente: Dr. Rodríguez Peña 758

Acción reivindicatoria. — La Corte casa la sentencia que en el juicio ordinario de Mercedes y Josefa Conde contra Pedro Elías Martínez y otros, profirió el Tribunal Superior de Pamplona. — Magistrado ponente Dr. Rodríguez Peña 762

Acción de filiación natural. — Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario de Israel Farieta contra Inés Moreno v. de Ardila y otra, como herederas de Angel María Ardila.—Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 769

Págs.

Acción de indemnización de los perjuicios ocasionados con la muerte de una persona, ocurrida como consecuencia del golpe recibido al caer sobre ella una piedra de la catedral de Bogotá. — La culpa del dueño del edificio se presume en el caso de daños debidos a defecto de construcción y a su ruina, y es a él a quien toca desvirtuar esa presunción.—La Corte casa la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario seguido por Ceferino Moreno y Benicia Esquivel contra la Arquidiócesis de Bogotá. — Magistrado ponente: Dr. Gerardo Arias Mejía 772

Acción de nulidad de un testamento y del juicio de sucesión adelantado con base en el mismo, porque la testadora se hallaba privada de sus facultades intelectuales en el momento de otorgarlo. — Peritazgo. — Su apreciación por el juzgador.—Valor del peritazgo practicado en otro juicio.—Los peritos no pueden sacar conclusiones en derecho.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario que Roberto García Zuluaga y otros siguieron contra Teresa García Zuluaga y otras. — Magistrado ponente: doctor Gerardo Arias Mejía 777

Los dependientes del notario están inhabilitados para actuar como testigos instrumentales o a ruego.—La intervención de un testigo inhabilitado para serlo, no es causa de nulidad del acto o contrato que se contiene en el instrumento.—No casa la Corte la sentencia que el Tribunal Superior de Pereira profirió en el juicio ordinario que, sobre nulidad de unos contratos, siguió Clara Rosa Castrillón, como heredera de María Hortensia Osorio v. de Castrillón, contra Justo Pastor Ramírez y otros.—Magistrado ponente: Dr. Alfonso Bonilla Gutiérrez 789

SALA DE CASACION PENAL

Delito de abuso de autoridad. — Demoras.— Confirma la Corte el sobreseimiento definitivo que el Tribunal Superior de Manizales profirió en favor de los doctores Jorge Eduardo Giraldo Vargas y Gerardo Betan-

Págs.

court V., por cargos de abuso de autoridad como ex-Jueces del Circuito Penal de Santa Rosa de Cabal.—Magistrado ponente: Dr. Luis Gutiérrez Jiménez 796

Cambio de radicación de un proceso.—Emite la Corte concepto favorable a que se cambie la radicación del proceso que se adelanta en el Distrito Judicial de San Gil contra Ramón Meneses y otros, por los delitos de homicidio y de lesiones personales.—Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez .. 798

Se dirime una colisión de competencias entre la justicia ordinaria y la militar, para conocer de un delito cometido por un oficial del Ejército en ejercicio del cargo de alcalde militar, para el cual había sido nombrado por el respectivo Jefe Civil y Militar.— Resuelve la Corte que es a la justicia militar y no a la ordinaria, a quien corresponde conocer de un proceso contra el Teniente Gustavo Cano Gutiérrez, por el delito de detención arbitraria. — Magistrado ponente Dr. Alejandro Camacho Latorre 801

Recurso de hecho.—La parte civil no puede interponer recurso de casación contra sentencias absolutorias.—No se admite el recurso de hecho que la parte civil interpuso contra el auto del Tribunal de Neiva que negó el de casación interpuesto por la misma parte contra la sentencia proferida por dicho Tribunal Superior en el proceso contra Pablo Emilio Gómez Lamilla, por el delito de hurto.—Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez 803

La enemistad como causal de recusación.— Se declara infundada la recusación propuesta por el defensor de Bolívar Jacinto Ramos contra el doctor Jesús María Fontalvo Fontalvo, Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, para conocer de un proceso que se sigue contra aquél.—Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez 805

Delito de rebelión.—Conexidad de delitos y coparticipación criminosa. — Competencia para juzgar delitos conexos. — Asesinato consumado por medio de incendio, inundación, etc.—Se invalida la sentencia que el Comando General de las Fuerzas Militares profirió en el proceso contra José Vicente Reyes y otros, por delitos de homicidio en varios agentes de la Policía Nacional.—Magistrado ponente: doctor Alejandro Camacho Latorre 807

En los consejos de guerra verbales, los cuestionarios deben redactarse antes de que las partes hagan uso de la palabra. — Juzgamiento por delitos conexos.—Conexidad de delitos.—Aplicabilidad inmediata de la ley procesal penal. — Se invalida la sentencia que la Jefatura del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares dictó, contra Gabriel Millán Sánchez y otros, por varios delitos. — Magistrado ponente: doctor Angel Martín Vásquez 819

Interpretación del veredicto del jurado. — La riña imprevista no es incompatible con el homicidio preterintencional.—En el proceso adelantado contra Jenaro Cabrera Numpe y otro, por los delitos de homicidio y lesiones personales, respectivamente, la Corte invalida la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Bucaramanga. — Magistrado ponente: Dr. Angel Martín Vásquez .. 837

En los juicios en que intervino el jurado, no es procedente impugnar en casación la sentencia con base en la primera parte de la causal 3ª del artículo 567, es decir, por no estar en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.—No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Medellín profirió en el proceso contra Manuel S. Arroyave por el delito de falsedad en documento público.—Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno 848

Se dirime una colisión de competencias.—Características del delito de asociación para delinquir.—Dirime la Corte la colisión surgida entre el Comando de la Tercera Brigada y el Juzgado Primero Superior de Buga, para conocer de un proceso por el delito mencionado.—Magistrado ponente: doctor Luis Gutiérrez Jiménez 850

Págs.

Delito de prevaricato.—Se ordena cesar todo procedimiento contra el doctor Bolívar Chaves y otros Magistrados del Tribunal Superior de Pasto, por cargos de prevaricato que les formuló en su denuncia el señor Clímaco de J. Narváez Ch.—Magistrado ponente Dr. Angel Martín Vásquez 853

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Competencia de la Corte para conocer en única instancia de controversias sobre contratos celebrados entre la Nación y los particulares.—Se abstiene la Corte de admitir la demanda presentada por The Dorada Railway Company Limited contra la Nación y otros.—Auto proferido por el Magistrado Dr. Rafael Leiva Charry 855

No se revoca la providencia anterior.—**Interpretación del artículo 5º de la Ley 20 de 1923, sobre el papel sellado.—Qué debe entenderse por espacios en blanco en las hojas de este papel.—No es admisible una demanda que trate de introducir un medio de impugnación de sentencias ejecutoriadas no previsto por la ley.**—La Sala suplicada resuelve que no es el caso de ordenar la revalidación de las hojas de papel sellado utilizadas por el apoderado de la parte demandante en su escrito de súplica contra la providencia de que dá cuenta el aparte inmediatamente precedente de este índice, y no revoca dicha providencia.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 858

Acción de indemnización de perjuicios. — La calidad de propietario de un inmueble debe acreditarse por medio de escritura pública.—A los testigos no es dable hacer afirmaciones sobre cuestiones jurídicas. — Se confirma la sentencia que el Tribunal Superior de Santa Marta profirió en el juicio ordinario seguido por Donaciano Pérez Torres contra el Departamento del Magdalena. — Magistrado ponente: doctor Luis A. Flórez 865

Incidente de liquidación de perjuicios. — Se confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Manizales fijó la cuantía de la indemnización de los perjuicios patrimoniales y morales subjetivos que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales debe pagar a Jesús M. Cardona, en cumplimiento de lo dispuesto por la Corte en sentencia proferida en juicio seguido entre las mismas partes.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 868

Competencia de la justicia ordinaria para conocer de controversias originadas en ocupaciones definitivas de propiedades particulares con ocasión de la realización de trabajos públicos.—En el juicio ordinario que Zoila Rosa Roca v. de Insignares siguió contra la Nación, se confirma parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla.—Magistrado ponente: Dr. Rafael Leiva Charry 872

El contratista tiene derecho a intervenir como coadyuvante en el juicio ordinario que se siga contra la Nación, sobre propiedad de unos yacimientos petrolíferos.—En el juicio ordinario que Alfredo Martín C. y otros adelantan contra la Nación, sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos, se declara infundada la oposición hecha por el apoderado de los demandantes a la solicitud sobre coadyuvación formulada por la Texas Petroleum Company. — Auto proferido por el Magistrado sustanciador doctor Rafael Leiva Charry 881

Se revoca el auto suplicado.—Los contratos o actos de la Administración y los documentos que reposen en las oficinas públicas, no pueden acreditarse con simples certificados de funcionarios oficiales sobre su contenido.—En virtud del recurso de súplica interpuesto por el apoderado de los demandantes, la Sala resuelve revocar el auto de que dá cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice, y declara que la Texas Petroleum Company no es coadyuvante de la Nación en el mencionado negocio.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles.... 887

La competencia para conocer de la actuación necesaria para el cumplimiento de un fallo, cuando no se requiera seguir otro juicio, es inseparable del asunto que haya dado lugar a la regulación en concreto.—La Corte de-

Págs.

clara nulo lo actuado en el trámite sobre liquidación iniciado ante el Tribunal Superior de Cali con el escrito presentado por el doctor Mario Hurtado Reina, en calidad de apoderado de Carlos L. Pabón y otros.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles .. 891

Acción de pertenencia de unas tierras y de unos yacimientos calcáreos existentes en su subsuelo.—Los comuneros pueden impetrar declaraciones relacionadas con el bien común, cuando no se ha hecho designación de administrador.—La Corte confirma la providencia por la cual el Tribunal Superior de Barranquilla declaró infundada la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del demandante, propuesta por el Fiscal 2º de dicho Tribunal en el juicio ordinario seguido por Arturo Quintero P. contra la Nación. —. Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 893

Incidente de liquidación—Se fija en $ 1.362,94, la suma que la Nación debe pagar al Dr. Timothy Britton en razón de la sentencia proferida en juicio ordinario seguido por éste contra aquélla.—Magistrado ponente: doctor Luis Rafael Robles 895

No se repone el auto anterior.—Incidente de liquidación de perjuicios.—La falta de objeciones por parte del demandado, equivale en estos casos a una confesión.—No se accede a la solicitud de reposición del auto de que dá cuenta el aparte inmediatamente anterior de este índice, formulada por el apoderado del demandante. — Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 897

Acción de indemnización de perjuicios.—Perjuicios morales subjetivos y perjuicios morales objetivados.—Perjuicios futuros.—Su diferencia con los eventuales.—Se revoca la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá profirió en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios, seguido por José T. Puentes y otra contra la Nación; y en su lugar, se declara que ésta es civilmente responsable de los perjuicios morales subjetivos causados a los demandantes, como consecuencia de la muerte de su hijo Alvaro Puentes Córdoba. — Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada .. 899

Una sentencia en la que no ha intervenido el número de magistrados que conforme a la ley deben tomar parte en su pronunciamiento, está afectada de nulidad insubsanable.— La Corte declara nula la sentencia proferida en el juicio ordinario seguido por Esteban Sierra contra la Nación, y ordena que se devuelvan los autos al Tribunal Superior de Neiva, para que se dicte nuevo fallo con arreglo a la ley.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 906

Influencia del fallo penal en el juicio civil.—Requisitos para que pueda decretarse la suspensión de éste.—Se revoca la providencia por la cual el Tribunal Superior de Cali suspendió el juicio ordinario que Luis F. Montoya y otra adelantaban contra la Nación, y en su lugar dispone que continúe la tramitación del mismo.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez 907

Competencia de la Corte para conocer en única instancia de controversias originadas en contratos celebrados por la Nación. — Confirma la Corte el auto por el cual el Tribunal Superior de Manizales declaró probada la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, que propuso el Fiscal 2º de dicho Tribunal, al dársele traslado de la demanda intentada por el apoderado del señor Rafael Gutiérrez Hoyos contra la Nación.—Magistrado ponente: Dr. Luis Rafael Robles 909

Acción ordinaria de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos. — En el juicio ordinario que contra la Nación siguieron la Compañía de Petróleo Shell de Colombia y Roberto Bonnet, se confirma la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente: Dr. Luis A. Flórez ... 911

Acumulación de autos. — Confirma la Corte la providencia por la cual el Tribunal Superior de Bogotá accedió a la solicitud de la parte demandante en el juicio ordinario seguido por el doctor José Vicente Morales

Págs.

contra la Nación, para que a dicho juicio se acumularan los que contra la misma entidad demandada siguen Antonio Gómez Arrubla, Daniel Escallón, y otros; todos para obtener la indemnización de los perjuicios sufridos con ocasión de los sucesos ocurridos en Bogotá en los días 9 de abril y siguientes de 1948.—Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada 915

Págs.

NOTA: con el presente número termina el Tomo LXXIII de la GACETA JUDICIAL. — El número 2123 estará destinado al Indice del Tomo.

EL RELATOR

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: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXIII — BOGOTA - 1953 — NUMERO 2123

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LXXVIII (NUMEROS 2118 A 2122 DE LA "GACETA JUDICIAL")

— A —

- 1 -

ABANDONO DEL CARGO (Delito de)

La ley penal, en su artículo 178, dice que el funcionario o empleado público que, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo, incurrirá en multa de cinco a trescientos pesos.

De acuerdo con la norma antes relacionada, para que se estructure el delito de abuso de autoridad, por abandono del cargo, es indispensable que no haya causa justificativa de ese abandono, es decir, que sea inmotivado y carente de una causa legítima.

En el caso de autos, es cierto que el funcionario procesado se ausentó del lugar donde ejercía las funciones de Juez de Circuito, antes de que se posesionara el individuo que había sido nombrado para reemplazarlo durante la licencia que le había sido concedida, pero esa ausencia no se produjo sin causa justificada, toda vez que ella obedeció a enfermedad grave en su persona, que le imponía la necesidad de trasladarse a esta ciudad de Bogotá, para sujetarse a un tratamiento adecuado, que restableciera su salud afectada por una eczema en el rostro. Es verdad que no se trataba de una enfermedad que lo obligara a guardar cama, pero sí de una dolencia que por el aspecto antiestético y desagradable que presentaba, lo mantenía aislado y en condiciones de no poder desempeñar debidamente los deberes de su cargo, puesto que le vedaba la presentación en público y el contacto con las personas que por cualquier motivo tenían que tratar con él. De suerte que sí puede sostenerse que dadas las características externas de la enfermedad del procesado y las funciones inherentes a su cargo, se trataba de una enfermedad grave, que justificaba ampliamente su ausencia de la oficina, para buscar el tratamiento conveniente a su salud, en un lugar donde pudiera ser tratado científicamente. (Casación Penal. Agosto 26 de 1952. Tomo LXXIII. Nº 2118) 115, 2ª

- 2 -

ABANDONO DEL CARGO

Para la existencia jurídica del delito de abuso de autoridad consistente en el abandono del empleo, precisa el artículo 178 del C.

P., que es el pertinente, como elementos constitutivos, que el abandono se produzca sin causa justificativa y antes de que se posesione el individuo que debe reemplazar al empleado.

Es manifiesto que si éste goza de licencia, el abandono no se produce, porque existe justa causa y, además, la ley implícitamente no admite el abandono del cargo como punible, sino cuando no tiene el funcionario quién lo reemplace. Existiendo éste, no hay acefalía del empleo, que es lo que al sancionarlo el Código, se tiene como delictuoso, porque una buena administración pública, que es el bien jurídicamente tutelado, exige que los funcionarios encargados de un servicio no incumplan sus deberes dejando sus cargos acéfalos. (Sala Plena. Octubre 13 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....164, 1ª

- 3 -

ABOGADOS (Faltas contra la moral profesional)

Es sabido que quien formula un denuncio contra una persona, no puede hacer otra cosa que relatar los hechos básicos del ilícito; no puede calificar el delito o delitos que lleven consigo la comisión de esos hechos, ésta es una labor del juzgador; a él es a quien corresponde analizar uno a uno los hechos y los antecedentes, para concluir que el denunciado debe responder en juicio por la comisión de determinado delito. Si esto es así, la Sala no ve cómo pueda considerarse que un abogado denunciante haya cometido faltas contra la moral profesional, por el simple hecho de ocurrir a un Juez y relatar lo que en su concepto pueda estar sancionado por el Código Penal. (Negocios Generales. Septiembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....508, 2ª

- 4 -

ABOGADOS

La Corte estima que las penas de que trata el artículo 9º de la Ley 69 de 1945 no pueden acumularse, en el sentido de imponer varias de ellas al mismo tiempo. Y ello porque, si bien es cierto que las tres clases de sanciones allí previstas están unidas por la conjunción copulativa "Y" fácilmente se advierte que se trata de un lapsus del Legislador: ya porque las distintas penas van en orden ascendente, de acuerdo con la gravedad de la falta; ya también porque la suspensión del derecho a ejercer la abogacía por un tiempo, resulta incompatible con la cancelación de la matrícula, que son las dos últimas sanciones de que trata el artículo mencionado. (Negocios Generales. Octubre 31 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....589, 1ª

- 5 -

ABUSO DE AUTORIDAD

Es deber de los Tribunales velar por el exacto cumplimiento de las leyes que regulan el ejercicio de una profesión que exige competencia y versación en grado máximo (la de abogado). Este deber debe cumplirse con toda la serenidad que sea indispensable, para que la sociedad se defienda de quienes no reúnen los requisitos indispensables para tan delicada función. Sólo cuando el cumplimiento de esas obligaciones implique dañada intención por odio o afecto, o abuso de funciones, podrá existir ilícito por parte de los funcionarios públicos. (Casación Penal. Diciembre 18 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121-2122).....854, 2ª

- 6 -

ACCESION

La accesión es un modo originario de adquisición del dominio, lo mismo que la ocupa-

ción. Es decir, el dominio de la cosa lo adquiere el dueño del terreno por el hecho mismo de la accesión, sin que tenga por qué operarse la transferencia de tal dominio de la cabeza de una persona distinta a la suya. El artículo 713 define la accesión así: "Es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella." Por tanto, es la accesión **per se** lo que produce a favor del dueño de la cosa principal la adquisición del dominio de lo que se junta o accede a ella.

De consiguiente, por el hecho de la accesión el dueño del terreno pasa a serlo de la edificación que en él se levante, con su consentimiento. No necesita adquirir por compra o transferencia del constructor ese dominio, porque ya lo tiene mediante el modo de la accesión, y nadie puede adquirir lo que ya es suyo.

Quiere esto decir que el artículo 739, en su inciso 2º, le dá al constructor el derecho de conservar la posesión del edificio y la tenencia del terreno donde fue construído, mientras el dueño de éste no le pague el valor de aquél. Así, cuando el dueño del terreno paga el valor de la obra, no adquiere el dominio sobre el edificio, pues él le corresponde en virtud de la accesión; con el pago, simplemente recobra la tenencia del terreno y adquiere la posesión del edificio. La razón es muy clara: el hecho de que la construcción se haya levantado con el consentimiento del dueño del suelo, implica que el constructor reconoce ese dominio; por ello, no puede ser poseedor del terreno. En tanto, sobre el edificio levantado a sus expensas y en razón de tal consentimiento, el constructor sí tiene verdadera posesión. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ..... 183, 2ª y 184, 1ª

- 7 -

ACCIONES ALTERNAS (Pueden ejercerse de manera sucesiva)

Dada la naturaleza misma de la idea que el término expresa, la facultad de escoger en que se traduce la alternabilidad de las acciones, no implica ni determina la extinción de la no elegida, sino una simple suspensión en el derecho de proponerla hasta cuando la otra haya cumplido con los fines naturales a que se dirige; pues que siendo la acción un simple medio de asegurar la eficacia de los derechos, es apenas natural reconocer el que asiste al acreedor insoluto de acogerse a una vía que la ley le reconoce, y que no puede entenderse renunciada por la sola elección de otra, que no logró satisfacer los fines jurídicos a que estaba encaminada. No pueden darse, por consiguiente, acciones alternas simultáneas, pero sí sucesivas. (Casación Civil. Agosto 27 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118). 84, 1ª

- 8 -

ACCIONES DE MERA DECLARACION (Cuál es la incertidumbre que se requiere para su procedencia)

El inmueble de la demanda forma parte de los terrenos de "La Loma", destinados por el Gobierno, a título de baldíos, para las obras del puerto local de Barranquilla; de donde necesariamente se deduce el interés del demandante para la declaración de dominio por él solicitada, pues a todas luces se advierte que la Nación partió de la base de que tales terrenos le pertenecían.

La incertidumbre en las acciones de mera declaración — dice Chiovenda— "debe ser también objetiva, en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es

necesario un hecho exterior objetivo que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de terceros: el hecho exterior a que se alude puede consistir en un acto del demandado que, por ejemplo haya hecho preparativos encaminados a una violación del derecho, o haya discutido, tanto más si es públicamente, el derecho del actor...". (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ..... 531, 1ª y 2ª

- 9 -

ACCION RESOLUTORIA (En caso de contrato de permuta)

Ya por tratarse en la permuta de un contrato bilateral, o por la regla de que a tal contrato le son aplicables las disposiciones relativas a la compraventa, es el caso de que el vendedor o permutante es obligado a entregar la cosa vendida o permutada inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él.

Si el permutante, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios, según las reglas generales.

Tal doctrina es una aplicación especial del artículo 1546 del C. C., según el cual en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, con motivo de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución, o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (artículo 1880), pone al comprador en la alternativa para perseverar en el contrato o desistir de él (artículo 1882).

Sólo pueden enervarse estas acciones cuando en el caso del artículo 1882 el comprador está en mora de cumplir su obligación y cuando, en el caso del artículo 1930, el vendedor no ha cumplido con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales.

Puede también enervarse la acción resolutoria cuando el contratante contra quien se ejercita, demuestra que, o por fuerza mayor, o por un caso fortuito, no imputable a él, no pudo cumplir su obligación en los términos pactados. Entre estos casos liberatorios, se cuenta el acto de quien pide la resolución.

Es de notar que las reglas que rigen las obligaciones condicionales, modales, alternativas, etc., deben ser tenidas en cuenta al estudiar la acción resolutoria, pues es preciso considerar las estipulaciones y modalidades del pacto cuya resolución se demanda. (Casación Civil. Noviembre 27 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121-2122) .....727, 1ª y 2ª

- 10 -

ACTAS DE ESTADO CIVIL (Su alcance probatorio)

La autenticidad que presume el artículo 392 del C. C. en las actas asentadas en debida forma y destinadas a probar un determinado estado civil, no les da eficacia sino para demostrar esos hechos y no se extiende más allá del radio de acción que les ha señalado la ley. Mucho menos puede darse carácter extensivo, en el caso **sub judice**, a la partida de defunción que contiene la certificación del Inspector de Policía determinando la causa de la muerte, puesto que este documento, aunque auténtico, no tiene el alcance legal para suplir a la prueba adecuada, el

acta de autopsia, o a la de expertos, con la cual se evidenciaría no sólo el hecho de la muerte de la víctima, sino el técnico de la causa inmediata o mediata de ésta, cuya falta de comprobación fue lo observado por el Tribunal. (Casación Civil. Septiembre 24 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .239, 2ª

- 11 -

ACUMULACION DE ACCIONES

Como lo expresan los comentadores y la jurisprudencia, el objeto de la acumulación es el de disminuir el número de pleitos, con lo cual se evitan erogaciones innecesarias a los litigantes y, sobre todo, se impiden los fallos contradictorios, que ocasionan desprestigio para la administración de justicia.

Al efecto dice el artículo 396 del Código Judicial que la acumulación de autos es la reunión de dos o más procesos para sustanciar y decidir en un solo juicio los asuntos a que se refiere. Y el 397 añade que se puede decretar solamente en dos casos, esto es, cuando de seguirse separadamente los juicios se divide la continencia de la causa; o en los juicios de cesión de bienes o de concurso de acreedores, que atraen las ejecuciones que se sigan contra el deudor o cuando en juicios ejecutivos se persiguen los mismos bienes.

El artículo 398 del citado Código especifica los casos en que puede considerarse dividida la continencia de la causa, que son los siguientes:

1º Cuando son unos mismos los litigantes, una misma la acción y una misma la cosa litigiosa, y, en general, cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro.

2º Cuando las acciones son diversas, pero la cosa y los litigantes son los mismos.

3º Cuando son distintas las cosas, pero la acción y los litigantes son los mismos.

4º Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas; y

5º Cuando la acción y la cosa son las mismas, y las personas distintas, como en los juicios de partición y de deslinde. (Negocios Generales. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....916, 2ª y 917, 1ª

- 12 -

ALBACEA

El albaceazgo es un cargo de confianza, que el testador confiere en consideración a las condiciones personales del designado. Por eso es intransmisible a los herederos e indelegable, a menos que la delegación haya sido autorizada expresamente. Las funciones del albacea son de derecho estricto, en cuanto el límite de sus poderes está señalado por la ley, en forma tan severa que ni el mismo testador puede ampliarlo, ni recortar sus obligaciones.

La misión esencial del albacea es ejecutar, en cuanto le incumbe, y hacer cumplir las ordenaciones del testamento, y para ello, lo mismo que para defender su validez, puede parecer en juicio con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente. De esa misión primordial se desprenden sus deberes y facultades, que están determinados con precisión en el título 8º del libro 3º del Código Civil, y cuyo ejercicio, por sí solo, está indicando que el albacea tiene autorización para representar judicialmente en todo lo que concierna al cumplimiento de tales atribuciones, con mayor razón si el testador le ha dado tenencia de bienes, pues en este caso vienen a sumarse a aquellas funciones generales las facultades y obligaciones que el Código atribuye al cu-

rador de la herencia yacente, que implican actos administrativos de custodia y conservación y el poder de cobrar los créditos y satisfacer las deudas de la herencia.

Y como es natural que para el desempeño de sus funciones disponga el albacea de los medios conducentes, llégase lógicamente a la facultad de constituir mandatarios que obren a sus órdenes, lo cual no significa delegación del cargo, desde luego que aquél responde de los actos de sus apoderados. (Artículo 1377 C. C.).

En muchos casos habrá menester valerse de mayordomos, contadores, empleados, y desde luego de abogados que gestionen a su nombre, cuando deba litigar en ejercicio de las atribuciones de su cargo. No se le podría exigir que supiera de todo, ni tampoco que por sí solo atendiera a las múltiples, diversas y complicadas actividades que puede implicar el buen desempeño de su delicada misión. La personal responsabilidad que la ley le impone es la garantía de los herederos, en la medida de lo que sea propio y necesario para el cumplimiento de su labor. En esto estriba la clave de la legitimidad de todos sus actos y, por tanto, de que las expensas que ellos demanden sean imputables a la sucesión. Si innecesariamente recurre a contratar servicios de terceros, si designa apoderados judiciales para intervenciones inútiles o que no se justifiquen de acuerdo con la ley, no podría sostenerse que afectan a la herencia los salarios, sueldos y estipendios que estipule, ni los otros gastos que se causen.

Como el albacea, si no es abogado inscrito, no puede litigar como tal (artículo 1º de la Ley 69 de 1945), y como aunque lo sea, no puede hacerlo sino en los casos en que la ley lo autoriza y siempre con intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia (a menos, como es obvio, que haya de actuar contra éstos), esta limitación está indicando que no goza de plena libertad para constituir apoderados judiciales, y que si los constituye para efectos extraños a sus funciones, la herencia no tendrá por qué afectarse con los honorarios que estipule o que ellos cobren, ni con los demás gastos que ocasione la gestión. De donde se infiere rectamente que, a menos de mediar una autorización expresa de los herederos, el albacea deberá, cuando rinda sus cuentas, justificar la necesidad de su intervención judicial y la equidad del honorario pagado a sus apoderados. Sería peligroso admitir, aún en los casos en que el ejecutor testamentario tiene derecho de recurrir a vías judiciales, que pueda estipular libremente el honorario de los abogados de quienes se valga para ello, y que esa libre estipulación sea, sin más prueba, obligatoria para los herederos que no lo han autorizado. (Casación Civil. Octubre 29 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ..... 416, 1ª y 2ª; y 417, 1ª

- 13 -

ALBACEA (Su remuneración)

Tratándose de albacea, su remuneración, cuando el testador no la ha señalado, o cuando no ha sido convenida con los herederos, se regula por el juez "tomando en consideración el caudal, y lo más o menos laborioso del cargo", regla ésta muy amplia, que deja ancho margen al criterio del juzgador, y en que predominan, más que las dotes subjetivas del ejecutor testamentario, los elementos objetivos de la labor realizada. No es el caso entonces de abrir articulación, a la cual no puede recurrirse sino cuando la ley dispone que un incidente se sustancie en esa forma (artículo 395 C. J.). (Casación Civil. Octubre 29 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120) .....417, 1ª y 2ª

- 14 -

ANALOGIA (Es improcedente en lo que toca con la competencia)

En punto de competencia no hay ni puede haber lugar a la aplicación por analogía de las reglas o preceptos que regulan casos o materias semejantes. Esa competencia debe estar expresamente señalada en cada caso particular, de acuerdo con las atribuciones concedidas por la ley a los funcionarios encargados por ella de ejercer en determinado negocio la jurisdicción que corresponde a la República. Así lo dice en términos de evidente claridad el artículo 143 del C. Judicial. (Negocios Generales. Octubre 6 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .541, 2ª y 542, 1ª

- 15 -

ASESINATO (Consumado por medio de incendio)

El artículo 363 del Código Penal denomina asesinato al homicidio agravado o calificado, cuando se ejecuta con el propósito de matar con la concurrencia de una o de algunas de las condiciones señaladas en los numerales del citado artículo. Estas circunstancias no constituyen modalidades accidentales o accesorias del homicidio o asesinato, pues son elementos constitutivos y específicos que determinan su naturaleza, separándola del homicidio simplemente intencional. Por ser cualidades esenciales o de sustancia para la integración del homicidio (asesinato) se hallan contempladas en la parte especial del estatuto represivo, donde se señalan los hechos necesarios e indispensables para fijar la tipicidad de cada delito.

Y en cuanto a los medios extraordinarios, de que se sirve el asesino, el numeral 8º del artículo 363 del Código los concreta al "incendio, inundación, siniestro ferroviario u otro de los delitos prescritos en el Título VIII de este Libro".

La circunstancia que se confronta en el caso **sub judice,** es la de incendio para matar, o sea el medio empleado por el agente para la consumación del homicidio.

La fuerza calificante de dicha circunstancia radica en la mayor energía y perfidia del medio empleado por el delincuente, y en el peligro común que tales medios entrañan para la colectividad.

En estos eventos se requieren las siguientes condiciones para que el homicidio tome la denominación de asesinato:

1ª Una relación objetiva, de causa a efecto entre el empleo del incendio, la inundación, el siniestro ferroviario, etc., y la muerte. Si uno de esos medios se aplica sobre un cadáver, la cuestionada circunstancia calificadora desaparece, porque la causa no puede ser posterior al efecto;

2ª Una relación subjetiva entre dichos medios y la muerte, en cuanto el agresor los escoge precisamente para extinguir la vida de una persona. El incendio, la inundación, etc., ha de ser, pues, para matar.

En cambio, si como resultado del empleo de uno de esos medios de gran potencialidad, sobreviene la muerte de alguna persona, sin el propósito de causarla, se incurrirá en un homicidio preterintencional común y en un concurso de infracciones; y

3ª El medio buscado para matar, debe ser uno de aquellos que contempla el Código Penal en su Título VIII, Libro II, esto es, los que "envuelven un peligro común". (Casación Penal. Noviembre 28 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2121 y 2122) . . . . .814, 1ª y 2ª

- 16 -

ASOCIACION PARA DELINQUIR

La sanción del hecho contemplado en el artículo 208 del Código Penal, constituye

una de las excepciones a los principios generales, según los cuales no deben reprimirse los actos preparatorios de los delitos, pero dada la gravedad de éstos en ciertos casos, como ocurre en la asociación ilícita, se tienen como delictuosos y se sancionan por el solo hecho de ser miembros de la misma.

Lo que las legislaciones tienen en cuenta en esa clase de actos preparatorios, es la potencialidad criminosa que encierran, la alarma colectiva que suscitan y, por eso, el delito se consuma al formarse la asociación criminosa.

Las normas positivas consideran el delito en mención, como una entidad delictiva autómona y, por eso, es en sí mismo independiente de los hechos que puedan cometer quienes hagan parte de la agrupación criminosa, es decir, que ésta puede tener existencia y ser sancionada, aunque no se hayan llevado a cabo los propios efectos de la misma.

Según la norma que sanciona la asociación criminosa, ésta tiene caracteres propios, que la distinguen de los demás delitos: a) Tres o más personas; b) agrupación con permanencia y mancomunidad; c) organización o asociación en sí misma; y d) objeto que persigue, o sea, el propósito de realizar delitos de cualquier naturaleza.

El primer requisito se refiere a la pluralidad de agentes activos de la infracción, que no pueden ser menos de tres.

La agrupación con mancomunidad y permanencia, dá la idea de una sociedad cuyos miembros están ligados entre sí con una responsabilidad que les es común y debe tener un carácter permanente, para diferenciarla de aquellas sociedades delictivas que se forman con fines ocasionales y transitorios.

En tercer lugar, entre los asociados debe haber una verdadera organización y jerarquía, es decir, que hay unos que mandan, y otros que obedecen. Finalmente cierra las características de dicho delito, la intención de realizar hechos criminosos previamente acordados. (Casación Penal. Diciembre 10 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) . . . 851, 2, y 852, 1ª

- 17 -

AUTO DE PROCEDER

El contenido de la parte resolutiva del auto de proceder, de que habla el artículo 431 del C. de P. P., es propio del auto de proceder de primera instancia, y no del de segunda, en aquellos casos en que el enjuiciamiento del inferior es confirmado por el superior. (Casación Penal. Septiembre 5 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 448, 2ª

- 18 -

AUTOS INTERLOCUTORIOS

Los autos interlocutorios de los asuntos de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores, deben ser proferidos por el Magistrado Ponente y los otros dos que siguen en turno, que son los que componen la Sala de Decisión (artículos 84, inciso 3° y 70, inciso 4° del C. J.). (Negocios Generales. Octubre 7 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 445, 1ª

- 19 -

AUTO PARA MEJOR PROVEER

La facultad instituída en el artículo 600 del C. J., para que el juzgador de segunda instancia pueda dictar autos para mejor proveer, con el fin allí determinado, es una facultad discrecional que se le otorga para que la ejercite de oficio, en interés de la justicia en manera alguna al servicio de las partes.

La Corte, teniendo como mira principal

aquella regla general de la doctrina, ha fijado el alcance de la contenida en el precepto del artículo 600 del C. J., asentando las conclusiones: de que excepcionalmente puede el juez, en materia de pruebas y en el campo civil, intervenir activa y oficiosamente, dentro de nuestro sistema legal; que el mencionado artículo constituye precisamente uno de los casos de excepción al principio de la libertad o iniciativa atribuída a las partes; que se trata de una facultad cuyo ejercicio lo subordina la ley al propio juicio del sentenciador respecto de la existencia de dudas y ausencia de suficiente claridad en torno de situaciones trascendentales del litigio. (Casación Civil. Diciembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 749, 1ª

— B —

- 20 -

BALDIOS (Derechos del colono)

Cuando el cultivador o colono ya ha adquirido derecho a la adjudicación del baldío, mediante su explotación económica en las condiciones exigidas por la ley, y únicamente carece del título correspondiente, su situación no desmejora porque el terreno se adjudique a otra persona, pues ésta, para privarlo de su posesión y consiguientes derechos, necesita obtener sentencia judicial en juicio ordinario, o comprobar que no solamente le ha pagado el justo precio de sus habitaciones y labranzas, sino que el colono ha renunciado a su carácter de tal. No se trata solamente de que el colono o cultivador tenga derecho al pago de sus mejoras, como si las hubiese plantado en suelo ajeno de propiedad particular; lo que ocurre es que mientras éste no renuncie a su carácter de colono, y por ende al derecho preferencial a que se le expida el título de adjudicación, aún pagándole las mejoras, no puede el adjudicatario privarlo de su parcela. Se presume la buena fe de la posesión que el colono ejerza en ella. (Casación Civil. Octubre 31 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ..425, 2ª

- 21 -

BALDIOS

El artículo 739 del C. Civil, aplicable a las relaciones entre el dueño del terreno y el ocupante que establece labranzas o edifica en él, es improcedente cuando se trata del adjudicatario de un baldío enfrentado a cultivadores o colonos establecidos desde tiempo atrás en la zona a aquél adjudicada. En este caso, los dueños de mejoras han adquirido ya el derecho a que se les adjudiquen sus parcelas, reconociéndoles el dominio que el hecho del cultivo u ocupación con ganados les otorga, al tenor de los artículos 65 del Código Fiscal y 10 y 12 de la Ley 71 de 1917. (Casación Civil. Octubre 31 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ..425, 2ª y 426, 1ª

- 22 -

BALDIOS

En los juicios sobre adjudicación de terrenos considerados como baldíos, con los oposiciones acontece algo parecido a lo que ocurre en los de cuenta, con las objeciones, que hay qué distinguir dos fases: en el de cuentas, la primera comprende la obligación de rendirlas, y la segunda, las objeciones que pueden formularse a las rendidas, las cuales son motivo de un actuación que se adelanta por los trámites de la vía ordinaria, cuando no gozan del asentimiento del obligado a rendirlas; en el de adjudicación de terrenos baldíos, la primera fase se refiere a la actuación administrativa, y se gobierna por los trámites señalados en el Código Fiscal, la Ley 97 de 1946 y concordantes; y la segun-

da, a las oposiciones que puedan formularse a la solicitud de adjudicación, las cuales son objeto de una actuación que se adelanta por los trámites de la vía ordinaria; pero, dada la conexidad de ellas, vienen a constituir una unidad procesal, por cuanto la resolución que concede o no la adjudicación, pende del éxito o fracaso de la que decide la respectiva oposición. Declarada infundada ésta, el negocio regresa a la autoridad administrativa, para que continúen los trámites hasta la expedición del Decreto que concede o niega la adjudicación pedida; y en el caso de declararse fundada la oposición, es obvio que finaliza allí la actuación, por haberse demostrado la improcedencia de ella, o sea, el mejor derecho del opositor.

Es verdad que las oposiciones se sustancian por los trámites de la vía ordinaria, pero no es que se trate de un juicio ordinario independiente, pues no hay propiamente demanda ni contestación, en la forma que lo prevé el Código Judicial para éste. Quien formula una oposición de esta naturaleza, la cuestión primordial y única que plantea, es la de que el presunto adjudicatario "carece de derecho para aspirar a la adjudicación pedida, porque existe otro en cabeza de él, que lo destruye". De ahí que el artículo 79 del Código Fiscal hable de que "las controversias entre colonos y adjudicatarios, o entre aquéllas o éstos, con terceros que reclaman dominio sobre el terreno cultivado, ocupado o adjudicado, se deciden judicialmente, por la vía ordinaria", y que los cultivadores o los colonos se deben considerar como poseedores.

Obsérvese cómo el precepto citado fija dos situaciones distintas: la de los colonos y cultivadores, a quienes no se les ha hecho todavía adjudicación del terreno que ocupan como tales; y la del adjudicatario propiamente dicho, que tiene expedido a su favor el respectivo decreto de adjudicación. Esto es, que en el primer caso tiene lugar propiamente la oposición a la solicitud de adjudicación, y entonces el escrito que a aquélla contiene, no es necesario que se ajuste estrictamente a los términos de los artículos 205, 737 y 222 del C. J., sino que basta que en él se ponga de presente la cuestión principal de la oposición, de que ya se ha hablado antes. En el segundo, la situación es distinta, porque el decreto de adjudicación le sirve al adjudicatario como título traslaticio de propiedad, y quien pretende discutírselo, está en la obligación de promover un juicio ordinario independiente de la actuación administrativa, por hallarse agotada ésta con la resolución definitiva de adjudicación, y que debe ajustarse a todas las reglas que tutelan esta clase de demandas.

Esto, porque cuando el artículo 65 del Código Fiscal establece que la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados, "de acuerdo con lo dispuesto en este Código", quiere solamente significar que el cultivo y la ocupación le dan al cultivador o colono un derecho a que se le adjudique el lote, de conformidad con el procedimiento detallado en el artículo 79 y ss. del Código, en la Ley 97 de 1946 y demás concordantes. De suerte que ese derecho personal ha menester, para convertirse en derecho **in re**, de título otorgado por la autoridad competente. (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121-2122). 670, 2ª y 671, 1ª

- 23 -

BIENES PUBLICOS

Piensa la Corte que la destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo de adquirir el dominio, de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de los particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible.

(V. auto Sala de Negocios Generales de 30 de agosto de 1952). (Negocios Generales. Noviembre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 877, 2ª

- 24 -

BIENES VACANTES

Los bienes vacantes en general no han revertido al patrimonio del Estado en calidad de baldíos. Durante el régimen federalista, la Nación o los Estados podían adquirirlos y enajenarlos sí, pero previo el trámite de la declaración de vacancia. Cuando en 1887 se dipusó que los bienes vacantes y los mostrencos eran de propiedad de los Distritos, se conservó el mismo procedimiento de adjudicación. La Ley 55 de 1905 adscribió a las autoridades administrativas (los Gobernadores de los Departamentos) la facultad de hacer tales declaraciones de vacancia en favor de los Municipios, y de otorgar el título correspondiente de cesión. (Negocios Generales. Octubre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2219 y 2120) 567, 2ª

- 25 -

BUENA FE (En ocupación de baldíos).

No puede la Sala admitir que de la sola creencia de que un terreno es baldío, resulte la buena fe de su ocupación. Es preciso que esa creencia se justifique, se apoye en una realidad objetiva, tenga un fundamento de hecho. La Corte ha dicho al respecto: "La BONA FIDES ha de considerarse... como una realidad jurídica actuante, y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, en forma que la cuestión predominante cuando se trate de apreciar la buena fe ha de consistir menos en el hecho psicológico de creer, que en la razón de la creencia, esto es, en el cómo y por qué se cree. Si es necesaria la conciencia de una adquisición legítima, para que la fe del poseedor sea buena, resulta una relación o conexidad tan íntima entre el título originario de la posesión y la creencia honesta de la propiedad, que no es posible admitir la buena fe en quien posee sin ningún título". (Casación de 21 de abril de 1941, G. J., Tomo 51, pág. 172).

De ahí la presunción de propiedad privada establecida en el artículo 1º de la Ley 200 de 1936, que se deriva de la explotación económica del suelo, hecho ostensible, consistente en plantaciones o sementeras, ocupación con ganados y, en general, hechos positivos propios de dueño y de igual significación económica, de los cuales son complemento los cerramientos y la construcción de edificios. Y de ahí que para la prescripción excepcional que reconoce el artículo 12 de la misma ley, se exija que la buena fe de considerar baldío el terreno, resulte de la inexplotación económica de éste en la época de la ocupación. Basta que el globo general del cual es parte el terreno poseído esté o haya estado demarcado por cerramientos artificiales, o que en él existan señales inequívocas de propiedad particular, para que desaparezca la presunción de buena fé en el poseedor. Porque entonces no puede el ocupante tener conciencia limpia de haber entrado legítimamente en posesión, base indispensable de la buena fé, según el artículo 768 del C. C., que sienta, en el fondo, el mismo principio que informa las presunciones de la Ley 200 de 1936. (Casación Civil. Octubre 10 de 1952. T. LXXIII. Nos 2119 y 2120) ..... 334, 2ª y 335, 1ª

— C —

- 26 -

CAMBIO DE RADICACION

La Corte ha considerado que el criterio que debe adoptarse para conceptuar favorable o

desfavorablemente sobre un cambio de radicación, estriba en la conveniencia del Estado y de la sociedad para que la justicia no sufra quebranto y se administre legal y equitativamente; conveniencia que puede fundarse en hechos o circunstancias que en alguna forma, bien directa o indirectamente, puedan influír en los resultados de la investigación con menoscabo de los intereses sociales o del procesado. Cuando existe esta posibilidad, el derecho consagrado por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal tiene plena vigencia para que se opere el cambio de radicación. (Casación Penal. Septiembre 2 de 1952. T. LXXIII. 2119 y 2120). 443, 2ª

- 27 -

CAMBIO DE RADICACION

La Corte reconoce que cuando en la comisión de un delito intervienen factores de carácter partidista, la exaltación pasional puede traducirse en hechos que sugieren la posibilidad de que la justicia sea influenciada por ese ambiente perjudicial, pues los funcionarios del órgano jurisdiccional o quienes por cualquier circunstancia tengan que intervenir en esa clase de procesos, corren el peligro de ser víctimas del ambiente que domina en el lugar donde deba juzgarse a los acusados. En esos casos, el ordenamiento contenido en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal debe tener cumplimiento efectivo, pero esta medida no se justifica con base en simples temores carentes de fundamentos probatorios, en afirmaciones ausentes de pruebas, de que la justicia puede sufrir menoscabo, ya por la parcialidad de los funcionarios que intervienen en el negocio, ora por el ambiente perjudicial predominante en el sitio donde debe juzgarse al acusado, que dificulten el ejercicio pleno de los derechos de las partes. (Casación Penal Septiembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....457, 1ª y 2ª

- 28 -

CAMBIO DE RADICACION

El precepto legal que permite modificar la jurisdicción por razón del territorio, el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, señala como elemento para el cambio de radicación de un proceso, que sea conveniente para la recta administración de justicia.

Puede decirse que en esa expresión, es decir, la conveniencia, está contenido todo el fundamento de esa importante medida autorizada en la ley cuando dicha contingencia se presente.

Es así como se quiere decir que ella se tome cuando sea útil y provechosa, corresponda a una necesidad y procure el decoro mismo de la administración de justicia.

Tiende, pues, a procurar que ningún peligro amenace la justicia; que todo posible peligro de parcialidad sea eliminado a tiempo y a impedir que el ambiente en donde un proceso se desarrolla o investiga trate de tener influencia para desviar el cauce de la ley o el cumplimiento estricto, inmodificable y sereno de sus decisiones. (Casación Penal. Septiembre 22 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 461, 1ª

- 29 -

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación de un proceso penal, implica la necesidad de que la prueba que se acompañe a la solicitud contenga elementos que permitan a la Corte, para conceptuar favorablemente, formarse una noción completa sobre la conveniencia del mismo, que es precisamente la razón de aquella modificación al régimen legal que gobierna la

competencia en el conocimiento de determinado proceso. (Casación Penal. Octubre 7 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 484, 1ª

- 30 -

CAMBIO DE RADICACION

La Corte siempre ha considerado que cuandoquiera 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 y política de consideración, 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 ecuánime administración de justicia. (Casación Penal. Octubre 10 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120). 486, 2ª

- 31 -

CAMBIO DE RADICACION

El cambio de radicación de un proceso criminal implica la necesidad de que la prueba que se acompañe a la solicitud, contenga los elementos que permitan a la Corte, para conceptuar favorablemente, formarse una noción completa sobre la conveniencia del mismo, que es precisamente la razón de aquella madificación al régimen legal que gobierna la competencia en el conocimiento de determinado proceso. (Casación Penal. Noviembre 18 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 799, 2ª

- 32 -

CARENCIA DE ACCION

Ni la "carencia de acción", ni la "falta de derecho" del demandante constituyen excepciones perentorias, como es frecuente que lo aleguen los litigantes. La excepción perentoria es algo más que falta de derecho e inexistencia de la acción o de la obligación a cargo del demandado, condiciones éstas que miran a la pertinencia de las pretensiones incoadas y cuya falta conlleva su rechazo, sin necesidad de entrar al estudio de las defensas del demandado, ya que corresponde al actor su prueba. La excepción perentoria es un hecho distinto de los alegados por el demandante como fundamento de su derecho, y cuya comprobación simplemente deja sin bases y condenadas al fracaso las pretensiones del actor; hecho mediante el cual el demandado trata de demostrar: que el derecho, adquirido aparentemente, al menos, por el actor, en realidad nunca existió; o bien, que si nació, se extinguió por uno de los modos que la ley determina; o ya, finalmente, que no puede ejercitarse aún, por mediar un término pendiente o una condición no cumplida. Es decir, excepción perentoria definitiva o absoluta, que tiende a destruír el derecho o a invalidar o desconocer su nacimiento; y excepción perentoria del juicio o temporal, que impide la eficacia de tal derecho en ese juicio, sin extinguirlo ni hacer imposible su ejercicio en nueva demanda, una vez vencido el término o cumplida la condición. (Casación Civil. Octubre 31 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 435, 2ª

- 33 -

CASACION

Para que el error de hecho en la apreciación de las pruebas del proceso pueda dar lugar a la casación del fallo recurrido, porque a consecuencia de ese error se violaron disposiciones legales sutantivas, se requiere, entre otras cosas, que él sea manifiesto. (Casación civil. Nov. 10 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 648, 2ª

- 34 -

CASACION

La casación no es una tercera instancia, ni se puede en ella, oficiosamente, hacer un nuevo examen de pruebas, a menos que se acuse por error de hecho o de derecho en su apreciación, con indicación de las pruebas mal apreciadas y del concepto en que lo han sido, y se cite la disposición sustantiva que se haya violado con motivo de la respectiva valoración de las pruebas. (Casación Civil. Noviembre 17 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 681, 1ª

- 35 -

CASACION

Cuando el juzgador de instancia aplica una teoría legal cierta e incontrovertible, que no se discute, a hechos que él estima establecidos en la litis a través del examen y de la crítica del acervo probatorio, el cargo viable en casación es el de violación de la ley proveniente de apreciación equivocada o ausencia de apreciación de determinada o determinadas pruebas, mas no el de quebrantamiento directo, en fuerza de que, dentro de la limitada libertad con que la Corte actúa en el recurso de casación, para élla los juicios del fallador emanados de las pruebas, son verdades incontrovertibles mientras no se les desvirtúe, formulando debidamente la acusación, conforme lo previene la segunda parte del primer numeral del artículo 520 del Código Judicial.

Así lo expuso también la Corte en sentencia de 13 de junio de 1938, G. J., Tomo 46, pág. 638. (Casación Civil. Noviembre 17 de 1952. T. LXXIII. Números 2121 y 2122). 682, 1ª y 2ª

- 36 -

CASACION

La Corte tiene establecido que no cabe casar para llegar a la misma conclusión del Tribunal, sino que lo procedente y a la vez suficiente para los fines que a la casación asigna el art. 519 del C. J., es establecer la verdadera doctrina que unifique la jurisprudencia nacional, o a ésto concurra en cada caso, en la parte motiva, no sin que de otro lado, se reconozca que el recurrente se halla libre de costas, aún sin lograr que el fallo recurrido se case, porque de éllas lo exime el art. 575 de la misma obra, en la parte final de su numeral 2° (Véase G. J., Tomo XLV, pág. 737). (Casación Civil. Diciembre 4 de 1952. T. LXXIII. Números 2121 y 2122). 743, 1ª

- 37 -

CASACION

El recurso de casación tiene como finalidad principal subsanar los errores o inadecuadas aplicaciones de la ley en que pueda haber incurrido el sentenciador, para lo cual es necesario hacer una confrontación de los textos legales aplicados en la sentencia y de los que en concepto del recurrente se deben aplicar para subsanar esos errores, o hacer las correcciones del caso. En casación no se puede andar a tientas. Es preciso que a la Corte se le muestren los caminos que debe recorrer en busca de la verdad jurídica, pues élla no puede obrar de oficio, buscando textos legales aplicables al caso e ideando argumentos para combatir los de instancia. Y si a la Corte no se le suministran por el recurrente esos elementos de juicio, el recurso no puede prosperar, por lo inepto. (Casación Civil. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 770, 2ª

- 38 -

CASACION (Técnica de)

Aunque el recurrente acuse la sentencia por violación de varias disposiciones sustantivas, la Corte no tiene necesidad de entrar al estudio de los motivos alegados para sustentar esa violación, si la sentencia trae como base principal de élla un fundamento que no ha sido atacado en casación, ni por violación de la ley, ni por error de hecho o de derecho, y él es suficiente para sustentar el fallo acusado. (Casación Civil. Agosto 1º de 1952. T. LXXIII. Nº 2118). 11, 2ª

- 39 -

CASACION (Técnica de)

Cuando una sentencia se apoya en más de una consideración y cualquiera de éllas es suficiente por sí sola para mantener el fallo acusado, es preciso en casación, para la prosperidad del recurso, atacar como violatorias de la ley todas esas consideraciones, y si así no se hace, resulta inoficioso y fuéra de lugar estudiar la acusación limitada a combatir uno de los fundamentos en que descansa el fallo. (Casación Civil. Agosto 21 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) 45, 2ª

- 40 -

CASACION (Técnica de)

Es esencial en el recurso de casación la cita ordenada de los textos legales de carácter sustantivo que el recurrente estime infrigidos, en lo que se refiere al motivo primero del artículo 520 del C. J. Es de recordar que en una demanda de casación se enfrentan la sentencia y la ley, y de la confrontación de esos dos extremos, se llega o no a la infirmación del fallo. Por eso, cuando se acusa la sentencia por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea de los textos sustantivos, deben citarse éstos, para que así el juzgador sepa cuál es ese segundo factor de la confrontación.

El no citar la disposición del artículo de la ley sustantiva violado por la sentencia recurrida, constituye un vicio sustancial en casación. (Casación Civil. Septiembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 262, 2ª

- 41 -

CASACION (Técnica de)

A la Corte corresponde como tarea principal, velar por el cumplimiento de la ley para garantizar los derechos de los ciudadanos y hacer imperar la justicia, pero es preciso entonces que los litigantes señalen la manera como esa ley ha sido violada, y como sus intereses han sido menguados por las decisiones sometidas al recurso extraordinario; pues si a la Corte no se le muestra el camino que élla ha de seguir en el examen de la providencia recurrida y se le iluminan con razones las sinrazones del Tribunal, no puede élla, oficiosamente, considerar aquéllas y buscar éstas, sino que le es imperativo declarar que el recurso interpuesto no puede prosperar. (Casación Civil. Noviembre 6 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 641, 2ª

- 42 -

CASACION (Técnica de)

En el recurso de casación, como tantas veces lo ha dicho la Corte, no se juzga el pleito, para establecer la manera acertada o errónea como se han cumplido las fórmulas procesales a que el juicio debe someterse, sino la sentencia, a fin de calificar los términos como en élla se aplicó la ley sustantiva reguladora de los derechos en controver-

sia. Por ello, "la violación de las leyes relativas al procedimiento y ritualidad de los juicios, no pueden invocarse para obtener la nulidad de un fallo por medio de este recurso. Concedido éste con el fin principal de unificar la jurisprudencia y otorgar a los particulares un remedio extraordinario o para mayor seguridad de los derechos, como lo expresó la ley que lo estableció, las disposiciones infringidas deben ser aquellas que conceden, niegan o declaran derechos, esto es, la leyes sustantivas". La sentencia que se ataca en casación es lo que forma el objeto de ese recurso, a diferencia de lo que sucede en las instancias del juicio, en donde la materia del litigio la constituye la cosa o hecho que se demanda; por ello, el recurso de casación no puede considerarse como una prolongación del juicio en que el fallo de instancia se pronunció, por cuanto el objeto en cada uno de los dos, es completamente distinto. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 760, 1ª y 2ª

- 43 -

CASACION (Carece de interés para interponerla el que no apeló del fallo totalmente confirmado por el Tribunal)

Quien no apela del fallo de primera instancia, carece de interés jurídico para acusar el de segunda, confirmatorio de aquél, porque el fin primordial de unificar la jurisprudencia no puede procurarse en casación sino a iniciativa de quien está interesado en el debate judicial porque la sentencia de la Corte pueda afectarle. En casos como el que se contempla, nada ganarían los recurrentes con un fallo de casación y con la subsiguiente sentencia de instancia, porque ellos quedaron vinculados a la sentencia del Juez, con la cual se conformaron, sentencia que fué confirmada, sin modificación alguna por la del Tribunal (v. G. J. n. 1918, pág. 463). (Casación Civil. Septiembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 247, 1ª y 2ª

- 44 -

CASACION (Interés para recurrir)

Una parte carece de interés para combatir en casación una sentencia que accedió a lo que élla misma demandó de la justicia al trabarse la controversia. (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 662, 1ª

- 45 -

CASACION (Interpuesta por la parte civil)

La ley limita la intervención de la parte civil en lo relacionado con el recurso de casación, al caso de que se dirija contra los efectos civiles de las sentencias condenatorias siempre que la cuantía de los perjuicios sea o exceda de tres mil pesos. Cuando la sentencia es absolutoria, la ley no consagra el recurso de casación en lo relativo a perjuicios porque éstos están esencialmente vinculados a la existencia del acto delictuoso que es materia de la sentencia, y esto no ocurre cuando ésta es absolutoria. (Casación Penal. Noviembre 24 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 804, 1ª

- 46 -

CASACION (Requisitos de la demanda)

El recurrente en casación debe indicar el concepto por el cual se ha podido llegar a la violación de la ley que considera infringida por la sentencia contra la cual interpone el recurso, es decir, si lo fue por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. (Casación Civil. Dic. 13 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 760, 2ª

- 47 -

CASACION (Contra sentencia aprobatoria de una partición).

Cuando una sentencia aprobatoria de una partición se revisa, por cualquier recurso, ante el poder judicial, la revisión lleva necesariamente al estudio del trabajo de partición, para examinar si está o nó ajustada a las normas establecidas por los artículos contenidos en el título décimo del Libro 2º del Código Civil, pues de otra manera no habría medio de decidir si la sentencia se ajusta o no a derecho. No es, pues, sólo, el acto judicial, la sentencia, lo que debe estudiarse, sino el acto de la partición. Si éste se acomoda a la ley, consecuencialmente la sentencia que lo aprueba resulta jurídica, y, por el contrario una sentencia aprobatoria de una partición en que se han desconocido los preceptos legales que la reglamentan, no puede subsistir". Así lo dijo también la Sala de Casación Civil en fallo de 8 de septiembre de 1936 (G. J. n. 1917, pág. 335).

Pero si, por la naturaleza de las cosas, la sentencia de instancia no puede ser juzgada en casación sino a través de la consonancia de la partición con las normas legales que la gobiernan, lógicamente los cargos con que se la acuse han de apoyarse exáctamente sobre ese mismo fundamento. (Casación Civil. Agosto 23 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) ... 55, 2ª

- 48 -

CASACION (Error en la denominación de una excepción)

La denominación equivocada o poco técnica que el juzgador dé a la excepción, no es motivo de casación, cuando no modifica sus efectos y consecuencias y, por tanto, no incide en la resolución. Lo importante es saber si como resultado de esa excepción, la decisión desestimatoria de la demanda, adoptada por el sentenciador, conlleva o nó la violación de la ley sustantiva que se alega (Casación Civil. Octubre 20 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 374, 1ª

- 49 -

CASACION (Error de hecho)

El error de hecho en la apreciación de la prueba a que se contrae el inciso segundo del artículo 520 del C. J., no surge de la divergencia de conceptos o criterios: entre el del sentenciador y el del recurrente, en esa apreciación, sino cuando la del primero contraría manifiestamente la realidad procesal, pues si siquiera prodúcese alguna duda, entonces el juzgador no incurre en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba. (Casación Civil. Agosto 1º de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) 14, 2ª

- 50 -

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

El Tribúnal tiene completa autonomía para apreciar las pruebas que obran en autos y no corresponde a la Corte variar dicha apreciación, mientras no se demuestre el error evidente, de hecho o de derecho, alegado por el que demanda en casación. (Casación Civil: Agosto 20 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) 37, 1ª

- 51 -

CASACION (Error que puede hacer prosperar este recurso)

El error evidente, el error manifiesto no puede resultar de apreciaciones que, si discutibles, no dejan de estar respaldadas por

razones atendibles y dignas de respeto. Lo evidente se opone a lo racionalmente opinable. La misma discusión suscitada por el recurrente, con argumentos no despreciables, acerca de la interpretación dada por el Tribunal, también con buenas razones, a la demanda de reconvención, está demostrando que en ninguno de los dos extremos brilla la evidencia del error. (Casación Civil. Agosto 27 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) 75, 1ª

- 52 -

CASACION (Error en apreciación de pruebas)

Es bien sabido que como la casación no tiene el carácter de una tercera instancia, la Corte no puede abrir de nuevo el debate sobre las pruebas, con el fin de llegar a conclusiones diferentes de aquellas a que llegó el Tribunal sentenciandor, el cual tiene, dentro de los límites señalados por la ley, libertad para dirimir el problema IN JUDICIO. Si el recurrente logra demostrar que la sentencia traspasó los límites a que se hace alusión, es porque consigue descubrir el error evidente de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, y el fallo deberá ser infirmado. Pero si no logra hacer tal demostración, sus cargos no habrán de prosperar. (Casación Civil. Octubre 2 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 298, 2ª y 299, 1ª

- 53 -

CASACION (Errónea apreciación de prueba).

La jurisprudencia de la Corte ha sido constante al sostener que la errónea apreciación de prueba no es por sí sola causal de casación y que al recurrente no le basta en este recurso extraordinario alegar y aún demostrar el error, sino que debe pasar más adelante, citando la ley sustantiva que en consecuencia resultare violada y destacando la incidencia del cargo en la parte resolutiva de la sentencia. (Casación Civil. Octubre 8 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 316, 2ª

- 54 -

CASACION (Error de derecho)

Cuando el Tribunal no desconoce el valor de plena prueba a un instrumento público, sino que afirma que de la escritura no se deduce determinado hecho, la acusación correspondiente no puede ser por error de derecho en la apreciación de la prueba, sino por error evidente de hecho, si es que el recurrente considera que del instrumento sí se desprenden los hechos que el Tribunal no encontró consignados en él. (Casación Civil. Octubre 23 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 410, 1ª

- 55 -

CASACION (Error en apreciación de pruebas)

Según la jurisprudencia de la Corte, en el caso del segundo inciso del primer ordinal del artículo 520 del C. J., es indispensable que se individualicen las pruebas que fueron erróneamente apreciadas o cuya apreciación se omitió, desde luego que el recurrente debe demostrar concretamente el error que a ese respecto imputa al Tribunal. No es, pues, admisible la que podría llamarse determinación abstracta, general o global de las pruebas mal apreciadas, pues por este camino se llegaría hasta el extremo de considerar aceptable que la prueba se determine con referencia a las producidas en el proceso o en alguna de sus instancias. (Casación Civil. Octubre 29 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 418, 2ª

- 56 -

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Difieren sentenciador y recurrente en cuanto al criterio de apreciación de la prueba, empleado por el uno en la decisión, y por el otro en su ataque. El primero acoge el autorizado por la doctrina y la jurisprudencia, consistente en el sistema de enlace entre los diversos elementos probatorios, considerando a la inspección ocular y a su correspondiente dictamen pericial, dado el carácter de pruebas concurrentes que tienen, como medios principales, más adecuados, para conseguir el fin perseguido en el juicio: establecer la identidad del predio solicitado en adjudicación como baldío, por Mejía, con el que es objeto de la oposición de Salazar García, como dueño.

Así, la apreciación de las pruebas por el Tribunal, es el resultado de la suma y combinación de los diversos elementos probatorios. En cambio, el recurrente adopta, para atacar la apreciación de aquél, el sistema de aislamiento de cada prueba, tratando de hacerlas actuar por sí solas, con prescindencia del enlace o combinación formado por el sentenciador. De ahí, lo distinto de sus conclusiones; de donde dedúcese una simple disparidad de criterios, sin que éllo evidencie como errores de hecho manifiestos, los alegados por el recurrente en la apreciación de la prueba, porque, con la adopción de aquel sistema por el sentenciador, no se contraría la realidad procesal.

Así las cosas, la apreciación de la prueba por el Tribunal de Buga, para llegar a la concreta conclusión en el terreno de los hechos, de la identificación del predio motivo del pleito, no puede ser impuganada con éxito, si el ataque de que es objeto se restringe, como acontece en el presente caso, al criterio que con relación a algunos elementos probatorios aportados al litigio, se haya formado el Tribunal. (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 668, 2ª

- 57 -

CASACION (Errónea apreciación de pruebas)

Formóse su convicción plena el fallador, del previo estudio del conjunto de las pruebas allegadas para establecer el extremo a que había quedado limitado el litigio: la existencia o no de la ceguera de la testadora en la fecha del otorgamiento de su testamento, con aplicación de las reglas generales de la sana crítica y dentro de la órbita de la relativa libertad de apreciación de la prueba, que la ley dá al juzgador en estos casos, y bajo la consideración de que la parte demandada no aportó testigos, ni otras pruebas, que contradijeran las de la demandante, y que, por lo menos colocaran la situación creada con aquéllas en la condición de dudosa.

Aún más: el Tribunal dió la razón clara de por qué aceptó las declaraciones aportadas por el demandante: por referirse éllas a las situaciones concretas de que la señora Rosaura Cancelada v. de Rodríguez, tenían que conducirla de la mano al caminar, darle los alimentos por tercera mano, que no distinguía los colores, había que identificarle las personas con quienes conversaba, etc., y ser considerada por el vecindario en general como ciega incurable, lo que le daba el carácter de notoriedad a su ceguera. Esto es, ser concordantes en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, y "exposiciones razonadas y explicadas que arrojan la convicción plena de que la testadora estaba físicamente incapacitada para comprobar mediante el sentido de la vista, la identidad de voluntad con el contenido escrito del instru-

mento público notarial que se examina en este juicio".

En este orden de cosas, para llegar a modificar la apreciación del fallador sobre los elementos probatorios con que dió por demostrado el hecho único debatido, habría necesidad de establecer, a su vez, que él interpretó equivocada o erróneamente las declaraciones traídas para destruír la presunción del estado de sanidad física de la testadora, que opera en estos eventos, y que esa equivocación o error se muestra patente en los autos; o que dejó de tener en cuenta otras declaraciones de mayor fuerza que aquellas que él estimó bastantes, u otras pruebas que respaldan la presunción que él consideró destruída, consolidándose así la posición procesal presuntiva de la parte demandada. (Casación Civil. Noviembre 26 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 719, 2ª y 720, 1ª

- 58 -

CASACION (Por indebido cómputo de circunstancias de peligrosidad).

La imputación de circunstancia de mayor peligrosidad requiere, es cierto, conforme a la doctrina, la prueba plena de su existencia, pero su impugnación ante la Corte requiere igualmente se las señale y analice: el hecho escueto y empírico, de su enunciación, inhibe a la Corte de considerarla. (Casación Penal. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Números 2121 y 2122) 849, 1ª

- 59 -

CASACION (Causales 1ª y 2ª)

El aspecto vinculado con la legalidad del fallo o la juridicidad de sus fundamentos, es constitutivo de una causal diferente de la segunda; es en la primera en donde están previstas las violaciones de la ley sustantiva. (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 672, 2ª

- 60 -

CASACION (Causales 1ª y 3ª)

De acuerdo con las propias palabras del recurrente, unas restituciones no se decretaron porque el Tribunal conceptuó que faltaban pruebas sobre la posesión, y otras, porque consistiendo los bienes en cuotas indivisas, no se sabe sobre qué partes ha de versar la restitución. Y quedaba entonces señalado para el recurrente el camino a seguir: alegar y mostrar que la posesión sí estaba probada y alegar que pueden reivindicarse cuotas determinadas proindiviso de una cosa singular, de acuerdo con el artículo 949 del Código Civil.

No era, pues, la causal 3ª de casación la que ha debido invocarse aquí, sino la causal 1ª, por infracción directa de aquel texto legal, y por haber incurrido el Tribunal en errores al considerar las pruebas sobre posesión. (Casación Civil. Octubre 15 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 704, 2ª

- 61 -

CASACION (Nulidad por indebida representación en juicio)

Es preciso entender que la causal de casación que se permite iterponer por falta de citación o emplazamiento en la forma legal a las personas que han debido ser llamadas al juicio, se refiere a estas personas, con el objeto de que no sean vulnerados sus derechos en un juicio en que no se les ha oído legalmente. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120). 189, 2ª

- 62 -

CASACION (Causal 1ª de)

Todo lo que conduzca a calificar legalmente los fundamentos o motivos jurídicos de una sentencia, a esclarecer si son éllos ciertos o erróneos, es materia exclusiva de la primera de las causales del artículo 520 del C. J., que engloba las diversas maneras de violación de ley sustantiva. (Casación Civil. Septiembre 26 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120) 244, 2ª

- 63 -

CASACION (Causal 1ª de)

El motivo de casación establecido y definido en el numeral 1° del artículo 520 del C. J. es precisamente el de violación de ley sustantiva. (Casación Civil. Octubre 8 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 316, 2ª

- 64 -

CASACION (Causal 1ª de)

Ha dicho la Corte: "La causal de casación establecida en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial es la de violación de la ley sustantiva, a la cual puede llegarse, entre otras circunstancias, por razón de una errónea apreciación de las pruebas aportadas al debate; pero en todo caso es el quebrantamiento de la ley sustantiva el motivo de casación consagrado en dicho numeral, pues la errónea apreciación de pruebas, no es por sí causal de casación.

"Una demanda de casación limitada a acusar por dicho error, aún en el caso de demostrarlo, no puede prosperar en cuanto esta limitación signifique abstención de formular el cargo procedente, que es, al tenor clarísimo de ese numeral primero, el de violación de ley sustantiva. Recurrente que acusa por error y que, demostrándolo, no pasa adelante, se queda, por decirlo así, en el umbral, sin traspasar las puertas de entrada al recurso mismo, las que con esa demostración apenas se han abierto". (Casación Civil. Octubre 23 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120) .....405, 2ª y 406, 1ª

- 65 -

CASACION (Causal 1ª de)

El fallo deduce la simulación del contrato sub-judice de un conjunto de elementos probatorios como son la existencia de "'un principio de prueba por escrito", de sendas confesiones de las partes, contenidas tanto en la demanda y contrademanda como en los alegatos, y de los indicios que cita, y el recurrente apenas acusa porque se incurrió en error en la apreciación de la contrademanda, cuando era su deber, para que el cargo fuera siquiera formalmente eficaz, comprender en el ataque todas las pruebas utilizadas por el sentenciador para formar su convicción. Así lo ha dicho la Corte en constante jurisprudencia, como puede verse, entre otras, de las sentencias de 19 de octubre de 1949 y 7 de marzo de 1951. (G. J., Tomo LXVI, pág. 635 y Tomo LXIX, pág. 332, respectivamente). (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 661, 2ª

- 66 -

CASACION (Causal 1ª de)

Cuando se considera que el Tribunal violó una disposición legal por no haber examinado y tenido en cuenta determinadas pruebas del proceso, no cabe acusar por violación directa de la ley sustantiva, sino que el cargo debe hacerse por violación indirec-

ta, por error de hecho en la apreciación del acérvo probatorio, consistente en haber dejado de apreciar las dichas pruebas. (Casación Civil. Noviembre 17 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 681, 2ª

- 67 -

CASACION (Causal 2ª de)

Es jurídicamente imposible sostener que hay falta de consonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, si esas pretensiones han sido completamente negadas. (Casación Civil. Septiembre 11 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120) 222, 2ª

- 68 -

CASACION (Causal 2ª de)

La causal segunda de casación es meramente formal, y no tiene cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda, o cuando no ha desatado uno de los puntos de la controversia, o cuando condena en más de lo pedido o deja de fallar sobre alguna de las excepciones oportunamente deducidas. Así lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia. (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Números 2121 y 2122) 660, 2ª

- 69 -

CASACION (Causal 2ª de)

Es en la parte resolutiva de los fallos, donde puede encontrarse la incongruencia entre lo pedido y lo resuelto. Las consideraciones que sirven al sentenciador como motivo determinante de sus decisiones, no dan asidero a la causal segunda de casación.

Así, la omisión invocada por el recurrente, en que dice incurrió el Tribunal, y consistente en dejar de estimar como demostrados hechos que sí están probados en el juicio, o en haber estimado como probado algo distinto de lo que la prueba justifica, es motivo constitutivo de error de hecho en la apreciación de la prueba. Entonces, lo que procede es la acusación de la sentencia por la causal primera, inciso 2º del artículo 520 del Código Judicial. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 755, 1ª

- 70 -

CASACION (Causal 2ª de)

El actor ataca el fallo materia del recurso, fundándose en que no está probada la materialidad de la infracción, y entonces la causal que ha debido invocarse, es la segunda, porque es ésta la que contempla lo relativo a la errada interpretación o apreciación de los hechos, en cuanto "sean ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción".

Cuando se presenta una situación como la alegada en el presente caso, ha sostenido la Corte en diversas ocasiones que la causal que debe aducirse como principal es la segunda, y subsidiariamente la primera, porque para atacar los elementos que estructuran el delito, hay necesidad de que primero se estudien y analicen los hechos que lo constituyen y las pruebas pertinentes, para luégo determinar los preceptos sustantivos que los prevén y reprimen. Si no se estudian primero las situaciones contempladas en la causal segunda, no se puede llegar a las que se comprenden en la causal primera, en fuerza de la naturaleza y relación de las cosas sub-ju-

dice. (Casación Penal. Octubre 3 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 465, 1ª

- 71 -

CASACION (Causal 3ª de)

Un fallo en que se declara en abstracto que por motivo de nulidad declarada las cosas vuelven al estado primitivo y el actor es dueño de los bienes a que el contrato se refiere, no es contradictorio al declararse en el mismo, que sobre algunos bienes no se puede decretar la restitución, por falta de prueba de la posesión. (Casación Civil. Octubre 15 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 704, 2ª

- 72 -

CASACION (Causal 3ª de)

Según la jurisprudencia, la parte primera de la causal tercera de casación, no es aplicable a los juicios en que ha intervenido el jurado, ya que en ellos, por imperio de la ley procesal (art. 480), la sentencia no puede dictarse opuestamente a la calificación que de los hechos hizo el jurado, y la infracción de esa norma —ésa sí— fundaría la causal tercera de casación en su parte final. (Casación Penal. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 849, 1ª

- 73 -

CASACION (Causal 6ª de)

La ilegitimidad de la personería a que se contrae el sexto de los motivos de casación del artículo 520 del C. J., erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el numeral 2º del artículo 448 ibídem, es la que se refiere a la facultad de representar en juicio, o personería simplemente adjetiva, y no la personería sustantiva, que se relaciona con el fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada. (Casación Civil. Septiembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....244, 1ª y 2ª

- 74 -

CASACION (Causal 6ª de)

Las causales de nulidad que pueden invocarse en casación, en conformidad con lo prevenido por el ordinal 6º del artículo 520 del C. J., son aquellas en que ha podido incurrirse dentro del mismo juicio en que se profirió la sentencia que se demanda a través del recurso, y no ciertamente las que hubieran podido producirse en actuaciones distintas.

Se trata por este medio, como lo explica la exposición de motivos hecha por la Comisión Revisora, de que se puedan "subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podría comprometer la estabilidad de la cosa juzgada". De donde se sigue que, pronunciado en dicho juicio el fallo correspondiente, los vicios de que pueda adolecer la actuación, quedan purgados con él; salvo los casos en que por excepción puede solicitarse su declaratoria por la vía ordinaria, y el fallo que se profiera ser atacado en casación, pero no ya con base en la causal sexta, aplicable sólo a los defectos procedimentales del mismos juicio. (Casación Civil. Noviembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 638, 2ª

- 75 -

CASACION (Causal 7ª de)

El motivo de casación a que se contrae la regla 7ª del artículo 520 del C. J., se pro-

duce cuando el Tribunal se abstiene de resolver el pleito que le está jurisdiccionalmente atribuído, declarándolo así expresamente en su fallo. Mas en el caso de autos, el sentenciador no resolvió a fondo la controversia precisamente porque consideró inepta la demanda, por no haberse escogido la vía procesal que le corresponde, sin invocar para fundamentar su decisión, razones de incompetencia. Sólo frente a éstas es pertinente alegar la causal propuesta. (Casación Civil. Agosto 21 de 1952. T. LXXIII. N° 2118). 46, 2ª

- 76 -

CASACION (Causal 7ª de)

El séptimo de los motivos de casación sólo es operante cuando el Tribunal se abstiene de conocer de un asunto que jurisdiccionalmente le está atribuído, y sin embargo, así lo declara expresamente en su fallo, aduciendo su propia incompetencia para conocer de él; empero la alegación de esa causal es improcedente cuando lo que ocurre es que la sentencia sólo deja de decidir sobre uno de los extremos o cuestiones sobre que se trabó la controversia, pues entonces el motivo de casación que es pertinente, es el previsto por el numera 2º del artículo 520 del C. J. (Casación Civil. Octubre 8 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 317, 1ª

- 77 -

CERTIFICADOS (Valor probatorio de los expedidos por funcionarios públicos).

Los artículos 315 y 316 del Código Político y Municipal prevén, evidentemente, que los Jefes o Secretarios de las corporaciones u oficinas públicas "dan fé en los certificados que expidan relativamente a los negocios que le están confiados por razón de su empleo", certificados que se deberán expedir "si el asunto de que se trata no fuere reservado"; pero no es menos cierto que el artículo 320 ibiden preceptúa que "todo individuo tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existan en las Secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tengan carácter de reserva".

De donde deduce la Sala que las varias disposiciones del C. P. y M. antes mencionadas, interpretadas rectamente y en armonía con el artículo 632 del Código Judicial, no pueden tener sino estos alcances: que los Jefes o Secretarios de las oficinas administrativas pueden certificar válidamente sobre ciertos hechos relacionados con los negocios a su cuidado, tales como fecha y oportunidad en la presentación de memoriales, estado de los negocios, vencimiento de términos (pues de las simples actuaciones no resulta el día de ese vencimiento de términos) y otros análogos; mientras que si se trata de demostrar el contenido de documentos o providencias administrativas, lo único procedente es presentar las copias respectivas, formalmente expedidas. No es posible entender que la ley haya querido que los contratos o actos de la administración, o los documentos que reposen en las oficinas públicas, puedan acreditarse con simples certificaciones de funcionarios oficiales sobre su contenido; y menos aún, cuando el artículo 320 del C. P. y M., al autorizar las copias de documentos, se refiere sin duda a casos distintos de los previstos para las certificaciones (Negocios Generales. Noviembre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 890, 1ª y 2ª

- 78 -

CESION (De derechos litigiosos)

Desde que un derecho litigioso es susceptible de traspasarse en todo o en parte, el

cesionario, en guarda de sus intereses, puede hacerse presente en el respectivo juicio, para qu su derecho sea reconocido. Se cede un derecho litigioso, cuando el objeto directo de la cesión, es el evento incierto de la litis, del que no se hace responsable el cedente. (Casación Civil. Diciembre 4 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 742, 2ª

- 79 -

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

De autos aparece que los procesados Portilla y Monroy tienen en su cuenta varias sindicaciones por diversos delitos, pero no existe la constancia de que hubieran sido sentenciados por ninguno de éllos ni se trajeron al expediente las copias de las sentencias respectivas. De suerte que no existe la base probatoria requerida para agravarles la sanción ni para tenerlos como reincidentes con base en aquella conducta anterior. No era, por lo tanto, el caso de computarles la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal y estuvo mal aplicada esta agravante accesoria. (Casación Penal. Agosto 19 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) .....107, 2ª y 108, 1ª

- 80 -

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

La circunstancia de mayor peligrosidad prevista por el numeral 9º del artículo 37, consistente en obrar "con la complicidad de otro, previamente concertada", no puede tenerse en cuenta en casos en los que la circunstancia prenombrada es parte integrante de los elementos constitutivos del ilícito o ilícitos cometidos, como ocurriría en delitos como el de asociación para delinquir, en el que la pluralidad de sujetos activos de la infracción y el concierto para cometerlo, son condiciones integrantes de la figura, pero esta situación no se presenta en infracciones como las que son materia del fallo recurrido, en las que la pluralidad de los actos punibles la contempla nuestra legislación sustantiva, por dos aspectos distintos: como hechos que por sí solos dan lugar a responsabilidad principal o accesoria, según el caso, y al mismo tiempo, como circunstancia de mayor peligrosidad, cuando se realizan por más de una persona y hay concierto entre éllas en su ejecución.

Esto se funda en que la concurrencia de más de una persona para cometer los hechos punibles y el concierto entre éllas, le dá a la infracción una gravedad especial, reveladora de la perversidad criminal de quienes así proceden, por la seguridad y eficacia con que actúan, y por la mayor alarma social que produce el ilícito ejecutado en esas condiciones. Por éllo, una cosa es el grado de responsabilidad, principal o accesoria, en que incurre el delincuente por su participación en el delito cometido, y otra muy distinta, la gravedad que adquiere el mismo delito, cuando hay acumulación concertada de acciones físicas y psíquicas de varias personas, porque en estos casos los agentes revelan una mayor peligrosidad y la contracción del sentimiento de la seguridad de los asociados, asume mayores proporciones. Solamente cuando la concurrencia de varias personas a la realización del delito es instantánea u ocasional, la agravante desaparece, por carencia del vínculo doloso entre los complicados y por falta de acuerdo para la ejecución del ilícito. (Casación Penal. Octubre 3 de 1952). T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....
468, 2ª y 469, 1,

- 81 -

CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD

El numeral 9° del artículo 38 exige, para que se configure la circunstancia de menor peligrosidad allí prevista, una doble condición: presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el hecho, y confesarlo. Es decir, que haya de parte del procesado algo así como el arrepentimiento del hecho punible cometido y facilitar a la justicia el pronto descubrimiento de los hechos y de sus autores. (Casación Penal. Octubre 3 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 369, 2ª

- 82 -

CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS
(Su apreciación compete al jurado)

Existe diferencia sustancial entre las circunstancias modificadoras (como la del art. 28 del C. P.) y las de la peligrosidad (art. 37 ib.), y al Jurado corresponde la calificación de las primeras y al Juez y Tribunal la de las segundas. (Casación Penal. Agosto 22 de 1952. T. LXXIII. N° 2118) 111, 2ª y 112, 1ª

- 83 -

COADYUVANCIA

Si bien es cierto que no se trata en el caso de autos, de un juicio breve y sumario de oposición, sino de uno ordinario contra la Nación, sobre propiedad del suelo y del subsuelo de terrenos que se afirma salieron definitivamente del patrimonio del Estado, en virtud del título emanado del mismo, no se vé la razón para negar al contratista su derecho a intervenir en el juicio ordinario de que se trata, al menos como coadyuvante, cuando su interés jurídico es el mismo, y cuando además un nuevo y legítimo interés le vincula a la defensa de la Nación, a saber: que la sentencia que haya de pronunciarse en este segundo juicio no altere o modifique la situación jurídica reconocida en el fallo recaído dentro de la oposición a la propuesta, con lo cual quedarán definitivamente protegidos los derechos y obligaciones surgidos del contrato. (Negocios Generales. Agosto 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) ... 886, 1ª y 2ª

- 84 -

COLONIAS **(Pena de relegación a colonias agrícolas penales)**

Alude el artículo 33 del Código Penal a la pena accesoria de relegación a colonias agrícolas penales, que debe imponerse a los delincuentes que sean juzgados como responsables de delitos cometidos en concurso real o material, debiendo tenerse en cuenta el número de delitos cometidos y la personalidad del agente.

Son, pues, dos criterios directivos los que suministra dicha norma y que deben cumplirse para que sea aplicable aquella pena accesoria:

a) El índice legal, derivado de la pluralidad de los ilícitos cometidos, que deben ser cuatro o más; y

b) El índice psicológico, resultante de la naturaleza y modalidades de los hechos punibles, los motivos determinantes y las condiciones personales y el género de vida llevado por el agente, demostrativo de una tendencia persistente al delito. (Casación Penal. Octubre 3 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 466, 1ª

- 85 -

COMPETENCIA (Caso de delitos conexos)

Desde el momento en que las varias ocurrencias delictivas otorgaban competencia a la justicia militar, es incuestionable que se radicó en ésta el conocimiento y juzgamiento de los delitos imputados a los sindicados, no empece a la circunstancia de que al producirse el veredicto resultaran varios de los imputados absueltos de alguno o algunos de los cargos que —como ya se dijo— produjeron el fenómeno de la conexidad.

Por manera que lo fundamental para fijar la competencia en tales eventos, es, pues, el factor CONEXIDAD que una a las infracciones allí determinadas. (Casación Penal. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....810, 2ª y 811, 1ª

- 86 -

COMUNEROS

Los actores le dan poder al abogado demandante en su condición de comuneros y para que pida que se declare el dominio a favor de "la comunidad del terreno de Quintanilla", o que pertenece el terreno a "sus comuneros", o que obtenga las tierras "para la comunidad de propietarios". De lo cual debe concluírse que la actuación de los demandantes beneficia a todos los comuneros. Así lo ha sostenido la Corte en no pocas providencias. (Negocios Generales. Septiembre 25 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 526, 1ª

- 87 -

COMUNIDAD (Su representación en juicio)

Ciertamente el artículo 22 de la Ley 95 de 1890, establece que el Administrador de una Comunidad, nombrado en los términos de dicha ley, tiene la personería de élla; pero tal ordenamiento no empece, como lo ha sostenido la Corte en varias ocasiones, para que cualquiera de los comuneros pueda impetrar declaraciones relacionadas con el bien común, si no se ha hecho designación de Administrador. (Negocios Generales. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 893, 1ª y 2ª

- 88 -

CONEXIDAD (De delitos)

Dentro de la doctrina pueden existir en la conexidad, distintas modalidades que le dan un carácter diferente, con nombres que corresponden a que tal fenómeno se denomine MATERIAL, si uno de los delitos no surge a la vida legal sino cuando, para ejecutarlo, el agente debió producir otro, unido al anterior por ese nexo objetivo que los hace inseparables: IDEOLOGICA O REAL, si en las infracciones cometidas se observa una relación de medio a fin, es decir, que uno de los delitos se ha cometido como medio para realizar otro; JURIDICA, si uno de los delitos pierde su autonomía al consumarse y se incorpora en el otro, bien sea para calificarlo o como de infracción de mayor entidad jurídica, ora sea para estructurar un concurso de delitos; y, por fin, CONSECUENCIAL, que como su nombre lo indica, surge cuando se pretende por el agente ocultar otro delito o procurar que quede impune. (Casación Penal. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 824, 2ª

- 89 -

CONFESION (De Agentes del Ministerio Público).

Es cierto que el señor Procurador Delegado en lo Civil, al objetar la liquidación pre-

sentada por el apoderado del demandante, se refirió especialmente a la suma solicitada por concepto de intereses; pero de ahí no se sigue que haya de aceptarse en lo demás aquella liquidación, puesto que para esta Sala, como tuvo oportunidad de expresarlo en providencia de 22 de noviembre de 1951, y lo reitera ahora, la falta de objeciones en estos casos es una especie de confesión, la cual cuando proviene de los Agentes del Ministerio Público no perjudica a la parte que éstos representan, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 170 del C. J. (Negocios Generales. Diciembre 2 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 897, 2ª

- 90 -

CONOCIMIENTO DE CAUSA

El requisito del conocimiento de causa, que de acuerdo con la ley sustantiva debe determinar la autorización judicial para vender bienes de menores, se satisface, no propiamente en el concepto expreso del Agente del Ministerio Público, del que bien puede apartarse el sentenciador, sino a través de la prueba con que el interesado debe acreditar la necesidad o utilidad manifiesta de la venta; porque es del contenido de esa prueba, y no del parecer favorable a la enajenación que aquel funcionario emita, de donde legalmente debe deducir el Juez la conveniencia o inconveniencia de autorizarla, que es exáctamente lo que constituye el conocimiento de causa, prevenido por la misma ley. Luego, en el supuesto de que la intervención del señor Personero de Cali hubiera sido defectuosa por haberse abstenido de conceptuar sobre la conveniencia de la enajenación, tal hecho carecería de toda incidencia sobre la exacta aplicación de los artículos 303, 483 y 484 del C. C. que consagran dicha formalidad, y que el recurrente considera violados. (Casación Civil. Noviembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 636, 2ª

- 91 -

CONSEJOS VERBALES DE GUERRA

Bien parece que el sistema del artículo 130 del Código de Justicia Militar de 1945 es el mismo adoptado por la Ley 4ª de 1943, artículo 28, pero con una diferencia fundamental, surgida de que en virtud del art. 130 del Código de Justicia Penal Militar no puede incluírse, como sí lo hace el artículo 28 mencionado, la determinación del hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, por cuanto en los procesos adelantados ante los Consejos de Guerra Verbales el cuestionario no se formula de acuerdo con el auto de proceder, ya que éste no existe, sino en consonancia con "el hecho o hechos materia de la investigación".

Esta falta de auto de proceder conviene destacarla, porque es indudable que la ausencia de esta etapa en el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales, trae repercusiones de indiscutible importancia en la secuela de los juicios, y se traduce en no pocos casos en situaciones que no se compaginan con la forma verdaderamente legal como deben juzgarse determinados delitos que, por tener dentro del Código distinta denominación específica, aunque correspondan a un mismo género, deben ser sometidas esas diferentes modalidades del hecho o características específicas a la consideración de los Vocales del Consejo, como otras tantas formas del ilícito que por no estar suficientemente delimitadas en una providencia de fondo, calificadora, como es siempre el auto de vocación a juicio, su ausencia del cuestionario puede dar motivo a que se haga un juzgamiento penal sin que el autor o autores del hecho hayan sido efectivamente oídos y vencidos en juicio. (Casación Penal.

Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....812, 2ª y 813, 1ª

- 92 -

CONTRATO (Acción de cumplimiento)

Toda obligación contractual ES DE MEDIOS Y A RESULTADO, es decir, consiste siempre en emplear, en cuanto sea posible, los medios necesarios para realizar un resultado. La clasificación se funda en que éste puede consistir, en el fin objetivo que el acreedor persigue, o apenas en los servicios que usualmente se prestan para alcanzarlo. Mas, en todo caso, se persigue en una u otra obligación, un resultado.

Se puede decir, pues, que en toda obligación se persigue un resultado, ya objetivo, ya de pericia y diligencia.

Cuando la obligación es a resultado objetivo, el acreedor debe probar, en algunos casos, la falta de ejecución o de pago; al deudor no le queda entonces otro recurso sino probar su inculpabilidad, o sea, el caso fortuito o culpa del propio acreedor. En otros casos, basta que el acreedor niegue la ejecución o pago; el deudor dispone entonces de dos recursos: probar el pago, o que no incurrió en culpa, por consecuencia de un caso fortuito.

En la causa extraña al deudor que lo liberta de la culpa en el cumplimiento de su obligación, se comprenden las actuaciones del propio acreedor. MIENTRAS QUE LA PRESTACION PROMETIDA SEA DE POSIBLE EJECUCION, EL DEUDOR ESTARA OBLIGADO A EJECUTARLA. (Casación Civil. Noviembre 27 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 728, 1ª

- 93 -

CONTRATOS (Sin interpretación por la Justicia).

La interpretación de los negocios jurídicos se realiza en dos formas: la auténtica y la que se hace judicialmente. La primera se consuma cuando las partes no tienen diferencia alguna en cuanto al sentido de las cláusulas que integran el convenio, o cuando en su ejecución han procedido sin desacuerdo de ninguna naturaleza; la segunda, cuando a virtud de discrepancias en cuanto al sentido y alcance de las estipulaciones, los pactantes las interpretan en forma diferente.

Cuando esto último acontece y las partes acuden al Juez, éste debe fijar el alcance y sentido de las cláusulas, ajustándose a las reglas de la hermenéutica dadas en el Título 13 del Libro 4º del C. C., entre las cuales se hallan los antecedentes del contrato, teniendo como límite la declaración misma, y sin que en algunos casos sea indispensable, para investigar la voluntad real de los pactantes, detenerse en el sentido literal de la expresión usada, sino que hay que ir más allá de ésta en la averiguación del propósito realmente querido por éllos.

A veces es resultado de la interpretación de un negocio jurídico el de su integración, a fin de restringir o extender el sentido decisivo para el derecho, de una declaración de voluntad. Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto, o equivocado, o cuando las expresiones y aún las mismas ideas de las partes, carecen de claridad o de exactitud, o bien porque la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que éllas no previeron determinada situación que se produce después.

En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato. resultantes de la deficiente expresión del

querer de las partes, y colmar las lagunas u omisiones que hubieran quedado en éste, sin contradecir ni desfiguarar el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. Este verdadero propósito latente de las partes, lo desentraña el intérprete con la ayuda de las máximas de la experiencia, de las circunstancias que acompañan el negocio, de los usos del tráfico, de las enseñanzas de la vida; consultando en cada ocasión concreta los intereses de ambas partes, a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo.

A estas directrices jurídicas indicadas por la doctrina y la jurisprudencia, a seguir en los casos de interpretación e integración de un contrato, agrégase la no menos importante de saber, o determinar los fines económicos o sociales que los pactantes perseguían al contratar, pues el derecho ampara la consecución de esos fines. En tal virtud, el juzgador, para poder otorgar la debida protección del derecho a la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico de que se trata, debe comenzar por fijar previa y exáctamente aquellos fines.

A este propósito, si la declaración de voluntad no regula el negocio jurídico en su integridad, porque a las partes no se les ocurrió resolver ciertos puntos, o bien porque no previeron determinada situación de ocurrencia posterior a la realización del negocio, entonces el intérprete goza de la facultad de colmar las lagunas u omisiones que se hubieren escapado en aquélla, aplicando las normas supletorias que reemplazan la voluntad de las partes y señalan los resultados económicos que ordinaria y normalmente éllas mismas buscarían en iguales situaciones.

Así, dados determinados requisitos, capacidad para obrar, observancia de una forma, etc., esto es, un negocio jurídico perfecto, si los contratantes acuden a la justicia, porque discrepan en cuanto a los resultados económicos notorios que perseguían con su declaración de voluntad, el Juez, en vía de interpretación de la cláusula o cláusulas que la integran, y a través de las circunstancias antecedentes, concurrentes y posteriores del negocio, debe buscar o investigar previamente esos fines económicos, no expresados en forma exacta al contratar, a fin de restringir o extender el sentido para el derecho y realización de la declaración. (Casación Civil. Octubre 16 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120) .....362, 1ª y 2ª y 363, 1ª

- 94 -

CORTE (Cuando conoce en única instancia de juicios civiles)

El artículo 40 de la Ley 105 de 1931 y el numeral 8º del 40 del C. J., derogado contienen una misma doctrina. Vale decir que la Corte Suprema sólo tiene atribuciones de única instancia para conocer de las controversias que se susciten entre la Nación y los particulares sobre contratos celebrados con éstos. Más no sobre controversias que se susciten en relación, más o menos lejana, con tales contratos. No basta, por tanto, que las controversias se refieran a dichos contratos, sino que es preciso que versen sobre ellos mismos. (Negocios Generales. Agosto 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 857, 2ª

- 95 -

CORTE

La Corte, para definir su propia competencia de única instancia, prevista de modo excepcional por el artículo 40 del C. J., no puede aceptar irreflexivamente cualquiera referencia a contratos celebrados por la Nación que se haga entre los hechos de la demanda. Es natural que en estos casos deba procederse con la debida prudencia, pero sin que pueda prescindirse de estudiar los hechos contractuales alegados, con el objeto de a-

preciar si son conducentes para los fines de la litis. De otra suerte, la competencia privativa de la Corte quedaría al arbitrio del propio demandante. (Negocios Generales. Noviembre 12 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 863, 2ª

- 96 -

CUESTIONARIO (En Consejos de Guerra)

En los Consejos Verbales de Guerra, el cuestionario adquiere un carácter de excepcional importancia, sencillamente porque viene a ser la síntesis o calificación de los hechos sobre que versa el sumario y el pliego de cargos que se formula al acusado. Ese acto plantea, en consecuencia, las condiciones del debate entre las partes, fija los presupuestos en que ha de moverse la decisión de los jurados al dar su veredicto; y señala, en fin, las bases del poder jurisdiccional del Estado en el momento de pronunciar la sentencia definitiva.

Es decir, el cuestionario equivale precisamente, al auto de proceder, que es el eje sobre que gira el juicio penal en el procedimiento ordinario, auto que, como es obvio, tiene que ser anterior al debate, a las alegaciones del Ministerio Público y al fallo final.

De suerte que si el cuestionario, en los Consejos de Guerra Verbales, se redacta después de que las partes han hecho uso de la palabra para sustentar sus respectivas tesis, se les crea con éllo una situación difícil y caótica, porque ignoran cuáles son las imputaciones individualizadas que pesan contra el sindicado y cómo deben sostenerlas, si del Fiscal se trata; o refutarlas, si es el defensor; y asímismo se priva a los Vocales o Jurados de conocer con antelación qué hechos concretos y precisos deben calificar, a fin de irlos analizando en su criterio y pesando en su conciencia, de acuerdo con las pruebas recogidas y los alegatos de los interesados, para poder dar su veredicto justiciero y exento de precipitación.

Un juzgamiento así: que restringe todavía más y en forma arbitraria la índole excepcional de los Consejos de Guerra Verbales, viola indudablemente el artículo 26 de la Constitución y hace nulo lo actuado en la audiencia. (Casación Penal. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) ... 835, 2ª

- 97 -

CULPA (Del dueño de edificio ruinoso)

No ha sido uniforme el concepto de los comentaristas sobre el caso a estudio, pero es la verdad que la Corte, como lo anota el recurrente, ha dictado varios fallos en el sentido de que la culpa por parte del dueño del edificio se presume catalogando en tres grupos los artículos del Código sobre responsabilidad extracontractual, así: pertenecen al primero, los artículos 2341 y 2345; al segundo, los artículos 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352; y al tercer grupo, los artículos 2350, 2351, 2353, 2354, 2355 y 2356, que se refieren "a la responsabilidad por el hecho de las cosas animadas e inanimadas". Y dice la Corte: "En las dos últimas agrupaciones se presume la culpa, al paso que en la primera esa presunción no existe". (G. J., XLVII, pág. 23; L, pág. 440). (Casación Civil. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 774, 1ª

- 98 -

CULPA (Su prueba en caso de actividades peligrosas)

Estudia el Tribunal los elementos traídos a los autos dentro de los respectivos términos probatorios, a solicitud de las partes, para evidenciar: a) la forma de reparación

de las máquinas en los talleres de la Empresa, su preparación y alistamiento, antes de cada viaje; entrega al maquinista, revisión por éste, en cuanto hace a su provisión de agua, aceite, combustible y demás implementos necesarios para la marcha normal de la máquina y la seguridad previsible en los viajes; b) en concreto, la concurrencia de estas circunstancias en el viaje ordinario de las 7:30 del día 27 de diciembre de 1941, en que actuaban como maquinista y fogonero Mozo y Altamar, respectivamente; y c) el hecho de que la locomotora número 29, el día del accidente, emprendía el primer viaje después del 22 de diciembre de 1941, fecha en que entró a reparación en los talleres de la Empresa.

Estimó el Tribunal comprobados estos hechos, con los elementos demostrativos consistentes en las certificaciones de los empleados encargados de las secciones técnicas y de mecánica de la empresa, inspección ocular, dictámenes periciales y declaraciones de testigos, componentes del haz probatorio traído al juicio; y de éllos dedujo varias presunciones de hecho, que en su conjunto constituyen o vienen a constituír una prueba indiciaria, que a su vez, estima evidencia, por un lado, la ausencia de culpa por parte del maquinista y del fogonero en el acaecimiento del accidente; y por otro, la culpa de la Compañía demandada, en grado de descuido, negligencia o falta de vigilancia en la reparación, alistamiento o preparación de las máquinas, y concretamente, en la de la locomotora número 29, antes de emprender el viaje ordinario del día 27 de diciembre de 1941.

Prueba de "prima facie", como la denominan los expositores, admisible en el régimen probatorio de la culpa extracontractual, por la dificultad o imposibilidad de obtenerse la directa por el damnificado, y justificada por doble razón: por la práctica de que de no hacerse así, se colocaría al perjudicado en situación de indefensión contra el daño, y por la jurídica-legal de constituír una presunción de hecho con arreglo a lo dispuesto por los arts. 66, inciso primero; 1778, inciso tercero, del C. C., y que permite aceptar la contraprueba de hechos que desvirtúan esa probabilidad o verosimilitud, por cuanto una cosa es que la culpa no se presuma en estos casos y deba probarse, y otra muy distinta, cómo tiene que probarse, y la presunción de hecho es, sin lugar a dudas, un medio probatorio no prohibido, esto es, permitido en la de la culpa aquiliana.

En estos casos, lo que acontece es que se proporciona un medio accesible para la demostración de la culpa, permitiendo el uso de presunciones de hecho, que aligeran la carga de la prueba de quien debe suministrarla. No hay exoneración de esa carga, sino un medio de facilitarla, pues élla continúa a cargo de la misma parte que legalmente deba darla.

Puede suceder que en algunos casos la facilidad en el empleo de las presunciones equivalga prácticamente a la exoneración, pero esto no obsta para que las posiciones, jurídicamente consideradas, continúen siendo distintas. Lo propio sucede con la aplicación de la legal de culpabilidad, consagrada en el artículo 2356 del Código Civil, donde en realidad de verdad no hay exoneración de la prueba de la culpa, sino que dado el hecho conocido de la peligrosidad de ciertas actividades, la ley permite el medio de la presunción de culpabilidad para demostrar aquélla, lo mismo que la contraprueba del caso fortuito, la fuerza mayor o la intervención del elemento extraño, para destruírla, que en la práctica conduce a la exoneración. (Casación Civil. Agosto 1º de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) .....10, 1ª y 2ª y 11, 1ª

- 99 -

CULPA CONTRACTUAL

Cuando la obligación del deudor está precisada o determinada en el contrato o en la ley supletiva, la sola inejecución de aquélla acarrea la presunción de culpa y dá lugar a deducir contra el deudor la correspondiente responsabilidad, de la cual no puede eximirse sino suministrando la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor que lo hubiera colocado en imposibilidad de cumplir lo convenido. No le basta la simple demostración de la diligencia y cuidado. (Casación Civil. Septiembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....248, 2ª y 249, 1ª

- 100 -

CULPA EXTRACONTRACTUAL

Cuando se trata de hechos cuyas causas son complejas y no hay seguridad de encontrarlas vinculadas a las actividades del reo, en un proceso sobre responsabilidad aquiliana surge con perfiles inequívocos la duda, y entonces la razón, la ley y la equidad imponen resolverla a favor del demandado. (Casación Civil. Octubre 2 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....299, 1ª

— D —

- 101 -

DELITOS CONEXOS

La conexidad es un fenómeno que se predica del concurso de delitos, y por lo mismo, en los eventos del concurso material, cada delito tiene su individualidad propia, independiente de los demás que se hayan cometido. Esto porque la conexidad juega, no con los elementos constitutivos de cada delito, sino con el nexo que liga un hecho punible con otro. Circunstancia que se presenta claramente en el caso a estudio, pues la rebelión determinó la muerte de los tres agentes de policía y de los dos civiles, y durante la revuelta y como consecuencia inmediata, hubo incendio de los archivos oficiales y apoderamiento, por medio de la violencia, de varios bienes de propiedad de particulares y del Estado. De tal suerte que en todos esos actos punibles operaron relaciones causales y circunstancias comunes de modo, tiempo y lugar.

La circunstancia de que unos sindicados cometieran sólo rebelión, y otros parte o la totalidad de los delitos investigados, es problema que se refiere únicamente a la coparticipación criminosa y a la responsabilidad penal, pero no al tema de si los delitos tuvieron conexión entre sí.

En la coparticipación, la responsabilidad de los distintos cooperadores de uno o varios delitos es individual y divisible, por la sencilla razón de que la complicidad es una cuestión accesoria que se predica de algo principal, que es el hecho punible cometido. De tal suerte que no hay inconveniente jurídico alguno en radicar en sólo una persona, o en grupo de ellas, habiendo varias sindicadas, la íntegra culpabilidad por los delitos materia del proceso, y en negarla para las demás, cuya participación no aparece establecida. En materia de imputabilidad, cada sujeto responde de su propia obra y de su propio dolo, y no de la culpa de otros.

En cambio, en la conexidad se busca el enlace de las infracciones para investigarlas y juzgarlas en un solo negocio. Actúan en esto los principios de la competencia, la unidad del proceso y la economía del procedimiento. (Casación Penal. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .811, 2ª y 812, 1ª

- 102 -

DELITOS CONEXOS (Competencia para juzgarlos)

Como lo dijo la Corte, en sentencia de 20 de febrero de 1951: "No cabe la menor duda de que es en la investigación y en el juzgamiento de los delitos conexos cuando se radica la competencia en determinado tribunal —en el caso los Consejos de Guerra—. Esta situación procesal en nada se modifica cuando producido el juzgamiento, la decisión de los miembros de ese tribunal o vocales, sustrae determinados sujetos justiciables, de la responsabilidad que se les atribuyó en alguno de los hechos que constituyeron el factor predominante para que se operara el fenómeno de la conexidad.

"Desde el momento mismo que se radicó en un determinado tribunal la competencia para juzgar, circunstancias posteriores no pueden cambiar esta situación jurídica, porque el principio de la indivisibilidad penal y de la jurisdicción, lo mismo que la unidad del proceso, implican que haya un conjunto de actos coordinados y dirigidos a un mismo fin, que tiene que terminar mediante un fallo emanado del mismo Juez que adquirió desde el principio del proceso la jurisdicción para fallar". (G. J. Tomo 69, página 181). (Casación Penal. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .825, 2ª y 826, 1ª

- 103 -

DELITO CONTINUADO

El delito continuado lo consagra expresamente el artículo 32 del Código Penal. Pluralidad de hechos o de acciones delictivas; violación repetida de una disposición de la ley penal; y existencia del mismo designio en tal violación, son los presupuestos de ese delito.

La unidad en el designio sólo puede predicarse cuando se trata de diversos sujetos pasivos, en los casos en que el bien jurídico está fusionado o confundido en una misma masa o en un solo haz; pero cuando aquel bien está individual y particularmente radicado en personas distintas, separado e independiente, aquella unidad es inadmisible.

En este proceso, no puede negarse que las acciones físicas y subjetivas realizadas por los procesados fueron varias y que mediante ellas violaron en forma repetida la disposisión penal que prevé y sanciona el delito de estafa, pero los daños ocasionados mediante esas acciones, fueron distintos y separables unos de otros. La simple consideración de que hubo diversas personas lesionadas y de que cada hecho tuvo lugar en tiempo y sitio diferentes, y en patrimonios completamente distintos, rompe la unidad en el designio, no dándose el fenómeno del il'cito continuado. (Casación Penal. Octubre 3 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....467, 1ª y 2ª

- 104 -

DELITO MILITAR

Para que se configure el delito militar, es necesario que se reúnan los siguientes elementos:

a) Violación de la ley penal militar;

b) Que dicha violación sea realizada por militares o civiles al servicio de las fuerzas militares;

c) Que el delito sea cometido con ocasión y por causa del servicio militar y en ejercicio de funciones inherentes al mismo; y

d) Que en el lugar donde el delito se consuma, actúen o se hallen establecidas fuerzas militares.

De tal suerte que para la tipificación del delito militar, es necesario que en la ejecución del hecho punible concurran los presupuestos antes enumerados, en cuyo evento,

la competencia para juzgar al sindicado reside en la Justicia Castrense. Por el contrario, si tales elementos no se reúnen, el delito no adquiere carácter militar y, por lo tanto, queda bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria. (Casación Penal. Noviembre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .802, 1ª

- 105 -

DEMANDA (Presentada por quien no es abogado inscrito en la Corte)

Desde el momento en que la ley (artículo 4º de la Ley 69 de 1945) castiga disciplinariamente y hasta con la pérdida del cargo y de las prestaciones correspondientes, a los magistrados, jueces o funcionarios jefes de oficina que acepten cualquier solicitud o gestión suscrita o patrocinada por quien no pueda hacerlo, es claro que les está prohibiendo la admisión de tales solicitudes o gestiones, de donde rectamente se infiere que presentarlas en las condiciones prohibidas equivale a no ejercitar la acción o derecho de que se trate, pues la prohibición legal no es sólo para el funcionario sino también para el solicitante o gestor (artículo 1º, Ley 69), aunque sólo a aquél se aplique la sanción del caso. Y la aplicación de la sanción al juez o magistrado no significa la revalidación del acto prohibido.

No se trata en estos casos de nulidades de procedimientos, susceptibles de ser subsanadas, porque las nulidades de esa clase, a más de estar taxativamente señaladas, suponen una actuación en que se han omitido determinados requisitos. Cuando el Magistrado rechaza la solicitud o la considera inoperante, por no estar inscrito en su oficina como abogado quien la formula, no hace otra cosa que abstenerse de actuar de acuerdo con la demanda o petición inadmisible, y aplicar el procedimiento que corresponda cuando la parte o el litigante han dejado vencer un término sin hacer uso de su derecho. A esto equivale, se repite, presentar una demanda o solicitud cualquiera, quien tiene prohibición de hacerlo. (Casación Civil. Agosto 27 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) . . . .78, 1ª y 2ª

- 106 -

DEMANDA (Requisitos de la de casación)

Como repetidas veces lo ha sostenido la Corte, los requisitos de una demanda de casación, o sean los exigidos por el artículo 531 del Código Judicial, en atención a lo prescrito por el artículo 7º del estatuto procesal penal, son:

a) La síntesis de los hechos que constituyen el tema del debate;

b) La determinación de la causal en que el recurso se sustente;

c) Los fundamentos jurídicos de la causal alegada; y

d) La referencia de las normas legales que crean fueron violadas en el fallo.

De tal suerte que, para que prospere el estudio de una causal, es necesario que el recurrente, en su respectivo libelo, no sólo enuncie claramente la causal alegada, sino que demuestre racionalmente los fundamentos de ella y las disposiciones que considera violadas, pues quien formula una demanda de casación, debe sujetarse a las normas que para tal fin ha fijado la ley. No basta enunciar la causal, sino que es necesario demostrarla. Si el recurso extraordinario de casación "es una crítica a la sentencia", lo natural es indicar cuál es, en qué consiste el error y por qué se ha errado; en una palabra. 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 Penal. Septiembre 2 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) . . . .441, 1ª y 2ª

- 107 -

DEMANDA (Su interpretación).

Es indispensable interpretar la demanda con un criterio científico, similar al que el derecho moderno recomienda para el estudio de los contratos, ya que tanto aquélla como éstos son actos jurídicos que persiguen fines concretos y cuya naturaleza y realidad debe prevalecer sobre los defectos de redacción (artículo 1618 del C. Civil). (Casación Civil. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....178, 2ª, 179, 1ª

- 108 -

DEMANDA (Error en la cita de disposiciones legales)

Los juicios de la doctrina y la jurisprudencia, en relación con el alcance e interpretación de los libelos de demanda, asientan que:

"Al tratarse de la ley, previniendo graves peligros, el legislador establece la prevalencia de su tenor literal cuando su sentido es claro, en forma de no poder desatenderse 'a pretexto de consultar su espíritu' (Código Civil, artículo 27); y con todo, no deja de abrir el campo de la equidad natural, a los principios del derecho natural y a las reglas de la jurisprudencia, ya para ilustrar la constitución, ya para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes (Ley 153 de 1887, artículos 4º y 5º). En los actos y contratos de los particulares, en que no hay la valla impuesta por el temor de los aludidos peligros, es afortunadamente más amplio y completo el dominio de la realidad, y así por ejemplo, el legislador mismo prescribe que en los testamentos "para conocer la voluntad del testador se estará más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido", y en los contratos se estará a la intención de las partes claramente conocida, más que a lo literal de las palabras. (C. C. artículos 1127 y 1618).

Y que "análogamente ha de procederse y por constante jurisprudencia se ha procedido en el estudio y análisis y, en su caso, en la interpretación de los libelos de demanda, en lo cual el sentenciador obedece, no sólo el imperativo de equidad y de verdad que dictó las disposiciones que acaban de citarse, sino también preceptos tan terminantes como los contenidos en los artículos 837 del C. J. antiguo y 471 y 472 del hoy vigente".

De aquí que, si en el presente caso el actor, en lo que él denomina "exposición de derecho", declara: "en el caso de la demanda concurren a establecer la prueba para tal declaración las disposiciones contenidas en los numerales 3º y 5º del artículo citado", "no por ello puede procederse como correspondería a este error", no atendiendo o leyendo del libelo sino exclusivamente esta frase en lo pertinente sino que, tomando el libelo en su integridad, como es de rigor, sin prescindir por lo mismo de ninguno de sus componentes y menos aún de algo de tan señalada importancia y entidad como son los hechos fundamentales", el juzgador forzosamente tiene que reconocer cuál fue la intención del demandante, que ella no está toda en aquella frase y que ésta no la puede sacrificar.

Aceptar el concepto o criterio de interpretación del Tribunal de Buga, es tanto como desplazar el contenido esencial de la demanda, que lo constituyen los hechos fundamentales y las súplicas, hacia las citas de las disposiciones legales que el demandante supone aplicables al caso, y hacia las alegaciones que haga en tal sentido, contrariando el principio de derecho procesal de que: "en el campo del derecho el juzgador no está vinculado por las citas y alegaciones de las partes"; y en abierta oposición con la constante jurisprudencia de la Corte en ese sentido, que habla

de que: "Cuando el derecho que se demanda está de acuerdo con los hechos, es decir, se deduce de ellos, el error cometido por el demandante en el libelo al señalar las citas de la ley aplicables al caso, no obsta para reconocer el derecho; corresponde al juzgador la aplicación de la ley, aunque ésta no se señale en la demanda o se invoque la que no cuadra a los hechos que sirven de base a la acción. (Casación Civil. Septiembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) . . 207, 2ª y 208, 1ª

- 109 -

DEMANDA

Ciertamente no puede desconocerse que el demandante, por lo general, tiene plena libertad para formular las peticiones de su demanda; pero esa libertad no puede ir hasta el extremo de atentar contra las bases de la organización procesal, entre las cuales se establece que "la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquiera decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes". Como únicas excepciones a esta norma contenida en el artículo 473 del C. J., se expresa ahí mismo seguidamente: "Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".

Pero como se obvio que en el presente caso no se trata de ninguno de los medios de impugnación de sentencias en firme previstos por la disposición citada, mal podría admitirse una demanda que trata de introducir directamente un medio nuevo de impugnación, en contra de claros preceptos de la ley procesal. (Negocios Generales. Noviembre 12 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) . . 863, 2ª y 864, 1ª

- 110 -

DEMORAS

El numeral 2º del artículo 2º del Decreto 3665 de 1950 sanciona como falta disciplinaria, la "omisión o retardo injustificados en el despacho de los asuntos" a cargo de los Magistrados y Jueces, es decir, que esas demoras ocurran sin causas ni motivos aceptables, como lo serían la negligencia o desidia habituales del funcionario en no despachar dentro de los plazos fijados por la ley, los negocios a su cuidado. Se trata de actos de omisión o de retardo, consistentes en haber dejado de hacer el funcionario algo a que legalmente estaba obligado, lo cual equivale intrínsecamente a la realización de actos negativos, que hacen nugatorios los mandatos de la ley e impiden la realización de aquellos actos jurídicos que obligatoriamente debían producirse, a no mediar la negligencia del funcionario en el cumplimiento de los deberes de su oficio.

Las omisiones o retardos sancionados por el Decreto aludido, no son todos los que a primera vista reciben esta calificación, sino únicamente aquellos que sean injustificados, lo que quiere decir que para que exista la falta disciplinaria, no basta la sola demostración del hecho objetivo o material, sino que, además, se requiere la concurrencia del factor subjetivo o moral que radica en aquella negligencia, desidia o descuido del funcionario en el cumplimiento de sus labores, o bien en la intención dolosa de omitir o retardar un acto que debía llevar a cabo dentro de ciertos y determinados lapsos. Por eso, el solo hecho del retardo no implica forzosamente que el agente sea responsable de él, sino que es necesario que sea injustificado, pues cuando la demora en proferir las decisiones judiciales depende de factores extraños a la voluntad del inculpado, como lo sería el exceso de trabajo, por el gran número de

negocios entrados a su oficina, y otras causas semejantes, estos factores equivalentes a hechos imprevistos, colocan el acto o actos imputados fuéra del control de lo que legal y jurídicamente puede sancionarse y dan lugar a sostener con toda propiedad que se trata de hechos extraños a la función represiva del poder público.

Cuando el funcionario es asiduo y diligente en el cumplimiento de las obligaciones que le impone la ley en lo que se relaciona con el despacho y sustanciación de los negocios que le han sido confiados, pero no logra darles evasión dentro del término que aquélla le prescribe, por oponérsele un obstáculo material o un imposible físico proveniente del recargo de negocios, no puede exigírsele responsabilidad por esa clase de omisiones, porque en ese caso estaría ausente uno de los elementos de la falta que se sanciona, que sea injustificada, como lo dispone el Decreto Ejecutivo citado. (Sala Plena. Noviembre 6 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .... 609, 1ª y 2ª

- 111 -

DENUNCIA DEL PLEITO

Es reiterada la jurisprudencia de la Corte, en el sentido de que "la admisión de la denuncia de un pleito al vendedor de una cosa, y el seguimiento del juicio con el vendedor mismo, no significa para éste la necesidad de sanear la evicción al comprador; que es en juicio posterior al promovido por éste, o contra éste, cuando se debe discutir la obligación de saneamiento; y que justificada la denuncia y aceptado como parte el vendedor, a él se le oye para la defensa de la cosa vendida; pero el fallo tiene que recaer necesariamente sobre el demandado poseedor de la cosa que se reivindica".

Explica la misma Corte los fundamentos de aquellas doctrinas, diciendo que: "la obligación de sanear, es decir, de ampárar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, comprende en su desarrollo dos períodos bien distintos: el primero, consiste en la obligación de acudir en defensa del comprador en el juicio que se le ha iniciado, asumiendo directamente la actuación, desde el momento en que el comprador a quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior a la venta, le hace la citación legal, denunciándole el pleito, para que comparezca a defenderlo; y el segundo, que comienza desde que la evicción se ha producido, esto es, desde que el comprador ha sido privado, total o parcialmente, de la cosa vendida por virtud de la sentencia, consistente en la obligación de indemnizarle de los daños y perjuicios causados por la evicción, en la medida y términos que detalladamente establece la ley contra el vendedor que no ha cumplido con su obligación de amparar eficazmente al comprador. La privación total o parcial que sufra el comprador, por causa anterior al contrato y en virtud de sentencia judicial, es lo que jurídicamente, caracteriza la evicción, según el artículo 1894 del C. C., que la define obligatoriamente. Sólo cuando el comprador se ve lesionado en su posesión tranquila y pacífica, puede establecer, la acción de saneamiento. Si no ha ocurrido privación en cumplimiento de sentencia judicial, no hay evicción. Sólo la evicción consumada genera legalmente la obligación indemnizatoria. (Sentencia de 24 de marzo de 1947, G. J. Tomo LXII, pág. 84). (Casación Civil. Diciembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....751, 2ª, y 752, 1ª

- 112 -

DESLINDE

Limitado el alcance del deslinde a establecer la extensión relativa del derecho real con que a través de su título logra el interesado

justificar la procedencia de su acción, resulta completamente extraña a la naturaleza de este juicio, la calificación que en él se pretendiera, de la legitimidad o superioridad de dicho título frente a los que exhiba la otra parte, y que, también por la naturaleza de las cosas, se encuentra reservada a la acción reivindicatoria o de dominio. Como se deduce también que, originado aquel derecho en la precisa calidad de propietario, usufructuario, etc., de quien lo ejercita, la viabilidad de su acción ha de encontrarse subordinada necesariamente a la aparente validez del título con que se le acredita; y que, por lo tanto, al revelarse en su contenido una **manifiesta nulidad** de las que el Juez se halla obligado a declarar de oficio, conforme a lo prevenido por el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, no sólo no es improcedente, sino que es forzoso rechazar la acción con base en éste fundamento, desde que a la aparente prueba del derecho, se opone la ostensible y manifiesta nulidad de la que se presentó para establecerlo.

Y en cuanto a la posesión, el caso no ofrece soluciones distintas. Las operaciones de apeo o medición de los predios, de señalamiento de la línea o líneas que han de separarlos, o de amojonamiento o fijación de hitos o mojones, sobre las mismas en que se traduce el deslinde, son en su primera etapa, simples actos de jurisdicción voluntaria, dependientes, por lo mismo, de la libre determinación de las partes. "Mientras se ejecutan con el beneplácito o aquiescencia voluntaria de ellas —dice el comentador Porras— no podrá **negárseles** ese carácter, puesto que si la autoridad judicial interviene, no es como requisito esencial, sino como solemnidad del acto, para que no se ponga en duda su legalidad en lo futuro; pero desde el momento en que alguno de los interesados hace oposición, el deslinde entra necesariamente en el dominio de la jurisdicción contenciosa".

Se explica así la diferencia de procedimiento que respecto de la posesión consagra la ley, según que haya o no conformidad con el deslinde: para "dejar a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada", en el primer caso, o abstenerse de hacerlo, si media oposición. Por lo cual, y subordinada la entrega de zonas a que haya lugar por el deslinde, a la aquiescencia o voluntad de los interesados, el alcance del pronunciamiento que se haga en el ordinario, donde apenas se discute, aunque con mayor amplitud, la legitimidad del lindero señalado en el juicio especial, tampoco puede lógicamente traspasar dicha voluntad en cuanto a la posesión se refiere; porque rebasados los límites legales de la acción que, se ha dicho, no es ni puede ser restitutoria en ninguna de sus dos etapas, se llevaría sin embargo al poseedor a dicha restitución, no obstante haber carecido de oportunidad legal para obtener dentro de su trámite ninguna de las declaraciones que podrían originarse en dicho estado, tales como la del dominio por el modo de la usucapión, pago de mejoras, derecho de retención por el importe de ellas, según lo prevenido por el artículo 970 del C. C., etc., y esto, a más de ser jurídicamente inaceptable también resulta francamente opuesto a la garantía constitucional de que gozan los particulares para controvertir sus derechos a través de las fórmulas propias de cada juicio. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....290, 1ª y 2ª, y 291, 1ª

- 113 -

DESLINDE (Juicio de)

Por su naturaleza, el juicio de deslinde es simplemente atributivo y no declarativo de propiedad ni de posesión. En él no se afecta ni puede afectarse el derecho de dominio, sino que se determina su comprensión respecto de los predios en que respectivamente

se ejercita, según los títulos fehacientes aducidos al juicio. "Son exóticas en el juicio de deslinde —ha dicho la Corte— y el Juzgado no debe por consiguiente admitirlas, las acciones incoadas en la demanda de deslinde o en la de contradicción a éste que no tengan por objeto fijar la línea divisoria, o saber si los predios son o no colindantes, o si las partes son dueñas o usufructuarias. En juicio independiente es donde debe ventilarse la cuestión relativa a la prescripción adquisitiva de una parte de la zona por donde debe pasar la línea divisoria de los predios". (Casación de 9 de junio de 1920, G. J., T. 28). (Casación Civil. Septiembre 29 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....290, 1ª

- 114 -

DESLINDE

Desde el momento en que las partes se entrelazan o conectan dentro de un juicio de deslinde, se aceptó por ellas que hay de por medio una línea divisoria dudosa entre los dos predios, que sólo se define con la sentencia, y de esta suerte, uno y otro predios están indeterminados, al menos en parte de su cerramiento; y el fenómeno de la prescripción no puede operar, salvo en caso excepcional que la Corte contempló como motivo de oposición a la línea fijada, según se dirá adelante.

Dictada la sentencia que pone fin a la litis y que define con el carácter de cosa juzgada la línea divisoria de los predios, entonces sí se abre campo para las cuestiones de dominio que los mismos interesados quieran promover.

Es por esto que la doctrina tiene afirmado como verdad jurídica que hay diferencia sustancial entre la acción de deslinde y la de dominio, y que no se pueden confundir estas dos acciones.

En relación con estos puntos de vista, la jurisprudencia de esta Corte ha insistido acerca de que dentro del juicio ordinario de oposición al deslinde no se pueden discutir cuestiones de dominio, porque tal juicio debe concretarse a aceptar o modificar la línea ya fijada en el de apeo. Mas como punto doctrinario, la Corte ha contemplado el caso de que dentro de ese juicio ordinario se puedan estudiar hechos sobre una posesión que dé cabida al fenómeno de la prescripción. Dice ciertamente, después de afirmar que son distintas las acciones de dominio y de deslinde: "Pero no se ve una razón práctica para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado de apeo, no pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de alguno de ellos, o bien hechos en que haya consistido la posesión material que consuma una prescripción ordinaria o extraordinaria. En el juicio ordinario, cuya ventilación prevé el artículo 870 del C. J., bien pueden debatirse tales cuestiones, que dicen ya orden al dominio, como motivos de la oposición a la línea, oposición prevista inmediatamente por el artículo 869 ibidem". (G. J., número 1924, página 124). (Casación Civil. Noviembre 20 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122)....689, 1ª y 2ª

- 115 -

DESLINDE

Contestada la demanda de deslinde, se ajustó el compromiso de la litis contestatio, y es en balde objetar la titularidad durante el juicio ordinario sobre objeciones al deslinde. Por eso ha dicho la Corte: "Es, por consiguiente, a la entrada del juicio especial donde tiene oportunidad y procedencia la consideración de este punto sobre personería sustantiva para ejercitar el derecho que establece el artículo 900 del C. C. Calificada

esta cuestión por el Juez ante quien se presenta la demanda de deslinde y llevado a cabo el señalamiento de linderos y postura de mojones después de surtidos los trámites especiales del Título XXVI del C. de P. C., en que hay incidente exceptivo, en el juicio ordinario que se desprende del especial cuando dentro de los diez días siguientes a la fecha de la diligencia, alguno de los interesados manifiesta su inconformidad con el deslinde y formula su oposición a él, no es posible revivir la cuestión relacionada con el derecho para el deslinde". (G. J., Tomo LII, página 862).

Es interesante recordar que de acuerdo con el antiguo código, en el juicio ordinario sobre rechazo a la línea fijada por el Juez, se podía objetar no sólo el deslinde practicado, sino la demanda misma de deslinde (artículo 272 de la Ley 105 de 1890).; mientras que de acuerdo con el código actual, en el juicio ordinario sólo se puede objetar la línea ya fijada (artículo 870). Quiere esto decir que en la primera etapa del juicio, que es la llamada de apeo, debe quedar definido lo de personería del demandante, es decir, que en esta etapa el actor ha debido establecer su derecho para demandar.

Es en el prólogo del juicio, por decirlo así, cuando el actor debe probar su derecho a demandar. (Casación Civil. Noviembre 20 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122)..686, 2ª y 687, 1ª

- 116 -

DOCUMENTOS PUBLICOS (Requisitos para que sean tenidos como pruebas)

Como lo ha dicho la Corte: "Dispone el artículo 636 del C. J. que cuando las partes pretenden hacer uso de instrumentos públicos no acompañados a la demanda, o a la contestación, o a los memoriales sobre excepciones, deben pedir dentro del correspondiente término probatorio que se libre despacho al funcionario respectivo para que, a costa del interesado, expida u ordene expedir copia del instrumento, y la envíe por conducto del correspondiente registrador, cuando es el caso de que se le ponga nota de registro". (G. J. Tomo 48, pág. 354).

Por eso, una partida de defunción presentada directamente con un memorial por los demandados en la segunda instancia, es una prueba inaceptable, al tenor del citado artículo 636. (Casación Civil. Noviembre 17 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122)..681, 2ª y 682, 1ª

— E —

- 117 -

ECLESIASTICOS (Competencia para conocer de procesos contra ellos)

La expresión "causas penales" usada por el artículo 8° del Concordato y por el 44 del Código de Procedimiento Penal, no puede entenderse sino en un sentido genérico, es decir, en sentido que indica el conjunto de actos o diligencias encaminadas al ejercicio de la acción penal, y no en la acepción técnica de juicio, de que trata el artículo 439 de la Ley 94 de 1938. Y la razón es muy sencilla: el auto de proceder con que principia el "juicio" tiene que dictarlo el Juez "competente" (artículos 420, 421, 428 y 429 ibidem). (Casación Penal. Octubre 3 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....473, 2ª

- 118 -

EJECUTORIA (Diferencia entre ejecutoriarse una resolución y que cause ejecutoria)

Ejecutoriarse una resolución quiere decir que ya no puede desaparecer o alterarse a

virtud de los recursos comunes de apelación, reposición, súplica, los cuales se deciden en vista de los mismos elementos probatorios que sirvieron para dictar el proveído. Significa esto que si en tales casos el interesado insiste, presentando la prueba cuya falta originó la negativa, o completando la que era deficiente, la providencia que acceda a lo pedido no revoca ni modifica la anterior. Es una nueva resolución, que tiene una base legal distinta.

En cambio, causar ejecutoria una decisión judicial, es no poderse dictar otra sobre el mismo negocio ya definido. (Casación Civil. Septiembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....195, 2ª y 196, 1ª

- 119 -

EJECUTORIA (Cuándo procede la declaración de ejecutoria)

La ejecutoria se opera por ministerio de la ley cuando la sentencia no debe ser consultada, ni hay contra ella recurso alguno en el juicio. La declaración de ejecutoria procede solamente cuando, habiendo recursos ordinarios, se han dejado pasar los términos sin interponerlos (artículo 468 del C. J.). (Casación Civil. Septiembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 196, 2ª

- 120 -

ENEMISTAD (Como causal de impedimento)

La enemistad, para que pueda ser fundamento del cambio del Juez del proceso que se busca con la recusación, está subordinada en su existencia, a varias condiciones: que sea grave, es decir, que el origen o causa de ella sea de tal naturaleza, que tenga capacidad para crear, por su intensidad extraordinaria, los sentimientos que la constituyen, como son la aversión y el odio expresados en forma de venganza, en amenazas de daño o en hechos indicativos de esos sentimientos; y que sea mutua, o sea, que vincule con igual fuerza a recusante y recusado, o bien, que en el caso de que no sea mutua, provenga del juzgador y sea de tal índole, que funde la presunción de que pueda inducirlo a la violación de los preceptos que tutelan los derechos del procesado.

Es por esto, por lo que una situación como la enemistad grave de que habla la ley procesal, no se acredita con acusaciones interesadas de parte, ni tampoco con denuncias criminales de recusantes contra recusados, o al contrario, cuando las causas que produjeron estos incidentes, carecen de aptitud para producir ese estado de espíritu en el juzgador.

Y en el caso presente, la simple circunstancia de que el recusante hubiera tenido que dar una declaración sobre un hecho afirmado por una tercera persona en relación con el Magistrado recusado, que pudiera perjudicar a éste, a juicio de la Sala, carece de capacidad para producir enemistad grave entre el Magistrado en mención y el recusante. (Casación Penal. Octubre 7 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .481, 2ª y 482, 1ª

- 121 -

ENEMISTAD (Como causal de recusación)

Como lo dijo la Corte: "La grave enemistad, para que pueda incidir sobre la causal 5ª de recusación del artículo 73 del Código Procesal Penal, es menester que establezca un sentimiento de antipatía o animadversión recíprocos entre el Juez y alguna o algunas de las partes, porque de otra manera, más que un motivo para dudar de la imparcialidad del funcionario, se convertiría en un cómodo recurso para arrebatarle al fallador el conocimiento de un proceso, del que se tiene

el presentimiento de sus peligrosos resultados y se busca con el cambio una nueva posibilidad de que la decisión que en él recaiga sea más favorable.

No basta, pues, que se alegue y que inclusive se cite la posible causa determinante de enemistad, porque fuéra de que no toda enemistad conlleva a manifestaciones de odio, capaces de obnubilar la más recta conciencia, debe tener además, como se ha dicho, la característica de ser grave, para que pueda producir los efectos de separar al Juez del conocimiento del negocio en el que medie una circunstancia que de todos modos implicaría el peligro de una presunta parcialidad del funcionario, peligro que la ley quiere eliminar permitiendo que con la recusación no se presente aquel inminente peligro". (G. J. Tomo 70, pág. 595). (Casación Penal. Noviembre 25 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....806, 1ª y 2ª

- 122 -

ENTREGA (Acción de entrega de lo enajenado)

La acción especial que consagra el artículo 887 del C. J. para que el tradente no retenga materialmente en su poder la cosa enajenada, tiene lugar cuando pura y simplemente se promueve la acción correspondiente por la persona a quien se le ha transferido el dominio, como acción del contrato, pero cuando ya no solamente se exige la entrega sino que en desarrollo del artículo 1546 del C. C., se demanda la resolución y en subsidio el cumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios o la entrega de frutos, ya no puede buscarse otra vía que la ordinaria, donde ambas partes pueden demostrar las circunstancias que dieron origen al incumplimiento, por una parte, y al reconocimiento de perjuicios o pago de frutos, por la otra. (Casación Civil. Noviembre 27 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 729, 1ª

- 123 -

ERROR (Cuándo el de hecho puede fundar el recurso de casación)

El error de hecho, para que sea operante en casación, debe aparecer, tal como lo requiere el numeral 1º del artículo 520 del C. J., de modo manifiesto en los autos; es decir, en forma tal que se imponga a la mente sin el menor esfuerzo, con toda claridad y sin la menor duda, porque cuandoquiera que ésta tenga cabida, no puede hablarse de un error de aquella naturaleza. (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....662, 1ª y 2ª

- 124 -

ESCRITURAS PUBLICAS (Modo de llevarlas al juicio)

Durante el término probatorio del juicio, el actor pidió y así se decretó con conocimiento del recurrente, que se trajesen a los autos sendas copias de las escrituras públicas a que el cargo se refiere y que se pidiesen al respectivo registrador certificados o copias de las correspondientes diligencias de registro de esos títulos, y tanto las unas como los otros se allegaron al expediente. La circunstancia de que tales escrituras no hubieran venido por conducto del Registrador para que este funcionario pusiera al pie de ellas las constancias de su registro, como lo manda el artículo 636 del C. J., es una informalidad que no vicia la prueba, ante el hecho evidenciado, aunque comprobado por certificación separada, de que están debidamente registradas. Existiría error de derecho en la apreciación de la prueba si tales escrituras carecieran del correspondiente registro y, sin

embargo, se les hubiera conferido pleno valor probatorio; pero no en las circunstancias anotadas que son las que aquí se contemplan. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....188, 1ª

- 125 -

ESTADO CIVIL (Falta de documentos que lo acrediten)

No es acertado interpretar el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, y lo mismo puede decirse del artículo 395 del C. C., al cual modificó, tomando esos textos en el sentido de que la falta de los documentos que sirven para acreditar el estado civil, sea una falta absoluta, por no haberse producido el documento que exige el legislador, sino en el sentido de su falta relativa, o de hecho. Quiere decir: que la ley se refiere a la pérdida, por cualquier causa, del documento principal, pérdida que debe acreditarse en alguna manera, como sugieren Champeau y Uribe, según los términos que se copian: "De este artículo (el 395 del C. C.) párece deducirse que los medios de prueba indicados se admiten cualesquiera que sean las razones por las cuales faltan los registros, y así se desprende también de la parte final del artículo 399 que se verá luégo; pero creemos que debería exigirse a los interesados que demostrasen la imposibilidad en que se encuentran de presentar otros documentos, ya porque debido a un incendio hayan desaparecido los registros, ya porque con motivo de una guerra u otra causa suficiente no se hayan puesto las partidas respectivas". (Tratado de Derecho Civil Colombiano, número 670).

Por tanto, no podrá entenderse violado el artículo 19 de la Ley 92 de 1938, en concepto de infracción directa, porque aquí no se trata de que el hecho capaz de producir la legitimación, con las condiciones exigidas por la ley, realmente se hubiera producido, y que, por alguna causa, el acta dejó de ponerse en los registros del estado civil. En el caso del pleito, efectivamente el acta o instrumento que acreditara la legitimación de Constancio Loaiza, no existe; pero la razón de esto no se encuentra en causas de hecho, como en los ejemplos propuestos por los expositores arriba citados, sino que más bien puede decirse que la causa de la inexistencia de dicha acta, es de derecho, comoquiera que los padres de Loaiza no se valieron de ninguno de los medios taxativamente señalados por el artículo 239 del C. C., o sea, que no hicieron constar en el acta de su matrimonio su voluntad de otorgarle al hijo el beneficio de la legitimación, ni tampoco otorgaron la escritura pública que aquel texto exige. (Casación Civil. Agosto 11 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118)...18, 2ª y 19, 1ª

- 126 -

ESTIPULACION PARA OTRO

Para que la estipulación por o para otro pueda producir efectos respecto del beneficiario, es indispensable la aceptación expresa o tácita de éste; entre tanto, él es un simple tercero, a quien jurídicamente no puede aprovecharle ni perjudicarle: "alteri estipulari nemo potest". (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 678, 2ª

- 127 -

ESTIPULACION POR OTRO

No se concibe que la estipulación por otro pueda hacerse válidamente respecto de un contrato prohibido por la ley, cual es el de compraventa entre el padre y el hijo de familia. A nada conduciría la prohibición del artículo 1852 del C. C., si pudiera un tercero estipular la compra para un menor con el

padre del incapaz como vendedor, o con la madre como vendedora, cuando élla ejerce la patria potestad. (Casación Civil. Octubre 31 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 438, 2ª

- 128 -

EXCEPCIONES (De transacción y de cosa juzgada).

Cuando el artículo 341 del C. J. dispone que las excepciones de cosa juzgada y de transacción, proceden también como dilatorias, no obstante ser perentorias, y decidirse de manera previa a la contestación de la demanda, éllo no significa que el demandado no se defienda con tales excepciones, si es lo cierto que existen y logra acreditarlas en el curso del juicio; ni que pierda el derecho a éllas, sólo por no haber logrado esquivar la nueva discusión con el incidente: ya sea porque no alcanzó a suministrar la prueba, ya sea porque las normas legales aplicables hayan sido estimadas equivocadamente, por el poco tiempo de que se dispuso para meditarlas.

No cabe duda de que el fundamento que tuvo el legislador para autorizar la proposición de estas excepciones, en forma de dilatorias, se explica claramente tanto por motivos de economía procesal, como porque la misma eficacia de la cosa juzgada, cuyos efectos también produce la transacción, indican que deben agotarse los medios de evitar un nuevo litigio cuya sentencia no podría variar de la del primero en que fue pronunciada, o el acuerdo de las partes que le puso término, o buscó evitarlo. (Artículo 2469 del C. C.).

Cualquiera que sea el sentido en que se produzca el auto interlocutorio que decide el incidente, es decir, ya sea porque declare probada cualquiera de las excepciones de que se ha tratado, ya sea porque las declare no probadas, es inadmisible sostener como piensa Ricci, que tal decisión del incidente prejuzga lo que sólo debe ser materia de la sentencia.

Más bien debe entenderse que si el demandado logra suministrar la prueba del hecho en que funda su excepción, se realiza el fin previsto por el legislador, evitando un litigio inútil, y, entonces, el auto interlocutorio tiene fuerza de sentencia, deja el punto terminado; nada queda pendiente, porque la verdad y la justicia se pusieron de manifiesto.

Pero si el demandado no logra suministrar la prueba del hecho, o el Juez se equivoca en la apreciación del mismo, o en la interpretación de la ley que le es aplicable, el auto respectivo, al declarar no probada la excepción, nunca tendrá los mismos efectos del que la encuentra probada, pues sería contrario a la equidad y a la letra de la ley, considerar que la cuestión quedó definitivamente despachada y que el excepcionante quemó, por decirlo así, su defensa al entregarla a la suerte de la tramitación incidental, que por hipótesis, no impide la continuación del juicio.

Expresa, pues, el artículo 467 del C. J. que los autos interlocutorios sólo tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio. El reverso de esta medalla es tan brillante como su anverso. Porque es claro que si el auto interlocutorio no le pone fin a la instancia y permite la continuación del juicio, puesto que el demandado debe contestar la demanda, lo tramitado en el incidente no vincula al Juez ni a las partes, la excepción queda pendiente y es susceptible de ser declarada en la sentencia, con tal que en el término probatorio de la instancia se suministre el medio adecuado que no logró llevarse al incidente, o que el Juez encuentre que su primera apreciación fue equivocada.

En los términos anteriores entiende la Sala que deben interpretarse, de acuerdo con los

principios de la sana hermenéutica, las normas de los artículos 337, 341, 342, 466, inciso 2º, 467, 468 y 473 del C. J. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....276, 2ª y 277, 1ª y 2ª

- 129 -

EXCEPCIONES PERENTORIAS

La excepción perentoria la constituyen los hechos que en el juicio aparecen demostrados y que atacan la pretensión del demandante o el fondo de la litis, bien sea en forma definitiva para constituír cosa juzgada, por tener el carácter de hechos impeditivos del nacimiento del derecho o extintivos de éste, o de manera temporal, para los efectos del juicio, pero sin que se destruya el derecho pretendido por el demandante, quien puede hacerlo valer en juicio posterior.

Pero siempre se ataca con esta clase de excepciones el fondo de la litis y la pretensión del demandante, tal como lo dice el artículo 392 del Código Judicial, que las define. Por eso, no es técnico hablar de perentorias de forma ni de dilatorias de fondo, como muchas veces se ha hecho, porque las primeras necesariamente deben dirigirse contra el fondo de la cuestión debatida, aún cuando persigan únicamente paralizar el ejercicio del derecho en el respectivo juicio. Tal ocurre, verbigracia, en los casos de plazo no vencido, condición no cumplida, falta de legitimación o de personería sustantiva de la parte demandante o demandada. Las segundas, indispensablemente, son de simple forma, porque se refieren a vicios procesales y tienden a suspender o mejorar el procedimiento, como lo dice el artículo 328 del mismo Código. Más técnico es hablar de perentorias definitivas o absolutas y del juicio o temporales, y de dilatorias relativas o que apenas suspenden el juicio pero permiten su continuación una vez subsanado el defecto procesal, y dilatorias absolutas o definitivas, que hacen imposible adelantar el juicio, como la de declinatoria de jurisdicción. (Casación Civil. Octubre 20 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). ..... 373, 2ª y 374, 1ª

- 130 -

EXCEPCIONES PERENTORIAS TEMPORALES

La jurisprudencia reconoce que, además de las excepciones que atacan " el derecho mismo en que élla (la acción) se apoya", hay otras que se refieren simplemente a "la manera como este derecho se lleva al juicio" y que estas últimas pueden llamarse dilatorias de fondo o perentorias temporales. Eso es lo que afirma Mattirolo al decir que los defectos de la acción que constituyen la defensa del demandado "se refieren AL DERECHO TUTELADO POR LA ACCION, o son relativas AL MODO DE OBRAR en juicio, o sea, al modo como fué propuesta la acción" y que las excepciones perentorias del juicio no son más que dilatorias del fondo". (Tratado de Derecho Judicial, Tº I, pág. 31). Consecuencia principal de esta doctrina, es que tales excepciones de forma o perentorias temporales, como no se oponen a lo sustancial de la acción, sirven para terminar el juicio, pero no fundan la cosa juzgada, según lo ha expresado la Corte. (Negocios Generales. Octubre 23 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 573, 2ª

- 131 -

EXEQUATUR (De decreto de interdicción judicial).

Aunque la constitución de la guarda personal se rige por la ley del país donde se constituye, por encontrarse allí el incapaz

bajo la jurisdicción de las leyes locales, éllo no significa que sus efectos puedan siempre cumplirse en otro país, ni que, cuando éllo es posible, tales efectos se regulen siempre por la ley de su constitución. Los efectos extraterritoriales no podrán surtirse cuando, por ejemplo, en el país extraño no se reconozca como causa de interdicción la que dió origen al decreto de incapacidad. Del mismo modo —no habiendo tal inconveniente— las funciones del guardador que actúa en país distinto del originario de constitución, habrán de sujetarse a la legislación del país en que actúa. Así, en el caso que se estudia, el guardador del demente deberá sujetarse, a lo dispuesto en los artículos 483 y 484 del C. C., para ejecutar válidamente los actos que allí se mencionan, y tales formalidades serán necesarias aunque el acto o contrato se celebre en país extraño, en cuanto sus efectos deban cumplirse en Colombia (artículos 19 y 20 del C. C.). De manera que "los derechos y obligaciones mutuas entre guardador y pupilo quedan fijadas en general por la ley bajo la cual se constituye la guarda, sin perjuicio de que la administración de esos derechos se rija, en cuanto se ponga por efecto, por la ley del lugar donde se verifique la administración". (Julián Restrepo Hernández, 'Derecho Internacional Privado', T. I. n. 303, pág. 138).

El decreto de interdicción de un demente es el reconocimiento oficial y, al mismo tiempo, la prueba indiscutible de un hecho, la demencia, que determina la incapacidad del interdicto. Se sujeta, por tanto, a la ley del lugar donde reside el paciente, pero para que sus efectos extraterritoriales puedan producirse válidamente, es indispensable, como para toda sentencia extranjera, que el respectivo país otorgue el exequatur, previa revisión de la sentencia en su forma y en el motivo determinante de la interdicción. La forma, que se refiere a las solemnidades externas, se determina por la ley del país de otorgamiento. La autenticidad que dice relación al hecho de haber sido realmente dictada y autorizada por las personas y de la manera que en élla se expresa (art. 21 C. C.), se prueba según nuestra ley. En cuanto al motivo de interdicción, debe estar reconocido también por la ley colombiana, para que la sentencia pueda ejecutarse en nuestro país. (Casación Civil. Agosto 18 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 192, 2ª y 193, 1ª

— F —

- 132 -

FALSEDAD (De un acta de matrimonio)

El hecho de que se compruebe que uno o más de los testigos que en un acta de matrimonio se hace aparecer, presenciaron la ceremonia, no estuvieron en realidad presentes al acto, aunque demuestra falsedad del acta en esta parte, no es suficiente para fundar una declaración de falsedad total del instrumento, porque se trata de adulteración en parte no sustancial, y, como lo ha dicho la Corte, del texto del art. 652 del C. J., se deduce A CONTRARIO SENSU, que cuando el documento aparezca alterado en parte no esencial, sino secundaria, se puede atribuírle todo valor probatorio (G. J., Tomo XLIX pág. 216). (Casación Civil. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ... 168, 2ª

- 133 -

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales notorias)

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 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 deben ser comunmente 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 éllas. No se puede sacar de esta zona de conocimiento el concepto de notoriedad porque paradójicamente 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 éllas, la declaración judicial de paternidad natural a base analógica de la presunción del artículo 214 del C. C. (Casación Civil. Septiembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....
211, 2ª y 212, 1ª

- 134 -

FILIACION NATURAL

De acuerdo con doctrina muy conocida de la Corte, la legitimación en causa dentro de los juicios sobre filiación natural no está limitada a la exclusiva intervención del padre o de los herederos que lo representan, cuando aquél fallece antes de la sentencia; puede también surtirse la controversia frente a otras personas con quienes el presunto hijo natural quiera definir situaciones jurídicas originadas en dicho estado, y que, desde luego, no tienen por qué circunscribirse al simple derecho de heredar patrimonialmente al padre. Así se deduce claramente de lo establecido por los artículos 219 a 223 del C. C., de franca aplicación a las controversias de filiación natural (art. 7º, Ley 45 de 1936) y en los que se ve expresamente reglamentada la legitimación en causa respecto de personas distintas del presunto padre o de los llamados a representarle. Con la sola diferencia en cuanto a los efectos de la sentencia, que mientras en el primer caso, o sea cuando el juicio se ha seguido contra legítimo contradictor, son universales o ERGA OMNES; en el segundo, son apenas relativos al interés de la persona o personas que han sido llamadas al juicio.

.....

De esta suerte, al fundar la sentencia del Tribunal de Tunja la ilegítima personería sustantiva de los opositores, en el hecho de no haberse acreditado la falta de otros herederos con vocación sucesoral preferente a la de los demandados, como lo sería la de los ascendientes y descendientes legítimos del pretenso padre natural, violó, por interpretación ererónea e indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 401, 402 y 403 del C. C., desconociendo como consecuencia el derecho que a los hijos naturales le concede el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, para obtener la consiguiente declaración de su estado civil. (Casación Civil. Octubre 20 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). ....
386, 1ª y 2ª y 387, 1ª

- 135 -

FUERO

Es la investidura de que goza el procesado, bien en el momento de cometer la infracción, o en algunos casos, al iniciarse el sumario, la que otorga el privilegio del fuero para el juzgamiento, ora por el respectivo superior (artículo 160 de la Constitución), en

el primer caso, y en el segundo, por una autoridad de jerarquía destacada, a fin de salvar la dignidad sacerdotal o la alta investidura que tiene el sujeto pasivo de la acción penal. Al respecto pueden consultarse los artículos 97, 102, 131 y 151 de la Constitución Nacional, 42 y 43 del Código de Procedimiento Penal y 29 del Código Judicial. (Casación Penal. Octubre 3 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....474, 1ª y 2ª

- 136 -

FUNCIONARIOS JUDICIALES (Sanciones disciplinarias).

En el Decreto número 3665 de 1950 no se contempló para nada la falta u omisión en que pudieran incurrir los funcionarios judiciales al nombrar para los cargos que tienen obligación de proveer, a personas que no reunieran los requisitos, ya de la Constitución, ya de la ley, o simplemente exigidos por la dignidad de la magistratura. (Sala Plena. Octubre 2 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 162, 1ª

— H —

- 137 -

HEREDEROS

Bien sabido es que cuando el heredero ataca un acto dispositivo de su causante, su pretensión puede asumir dos situaciones diferentes, según que ocupe el puesto que tendría el causante en vida, o que reclame como lesionado en su derecho herencial, porque con la ficción se le haya privado indebidamente del todo o parte de la herencia. En este último caso, el heredero se presenta como un tercero obrando PER SE que busca deshacer el agravio inferido. En el otro caso, la acción que ejerce la encuentra entre los bienes relictos del causante, y de consiguiente, como continuador de la personalidad del DE CUJUS, ejerce la acción que éste habría ejercido por sí mismo frente al adquirente fingido. (Casación Civil. Septiembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 213, 1ª

- 138 -

HERENCIA (Demandas contra herederos)

La acción de nulidad, como de naturaleza estrictamente personal, debe siempre ventilarse entre quienes fueron parte en el contrato, ya sea por modo directo, o representados por sus herederos o causahabientes a título universal, y quienes como continuadores de la persona de su causante, le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

Por esto, pues, lo esencial a la legitimación en causa de la herencia o sucesión, no es que la demanda se promueva por o contra dicha entidad, que, por carecer de personalidad moral, no es siquiera susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, ni de ser representada judicial o extrajudicialmente; sino que lo sea con audiencia de quienes tengan ciertamente la calidad de herederos.

"Precisamente —ha dicho la Corte— por no ser la sucesión persona jurídica, distinta de los herederos individualmente considerados, quienes son los sucesores de los derechos del causante y responden de sus obligaciones, es lo mismo demandar a la sucesión, representada por sus herederos, que demandar a los herederos para que respondan de las obligaciones de la herencia. La herencia es una comunidad sin géneros sobre la universalidad de los bienes del causante, que responde de las obligaciones de éste, por conducto de los herederos que hayan aceptado el título de tales, cuya repre-

sentación en estado de indivisión corresponde a todos los herederos, y dividida, a cada uno de los **herederos adjudicatarios** respecto de los bienes que haya recibido por la partición y respecto de la cuota que le quepa a ese adjudicatario en las deudas hereditarias." (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 677, 1ª

- 139 -

HIPOTECA (De bienes de sociedad colectiva)

Nuestro Código de Comercio es preciso al reglamentar la administracón de la sociedad colectiva, en lo que no se hubiere previsto en la escritura social (artículo 509). Sienta como principio básico, cuando los socios delegan la facultad de administrar, que si no hubieren determinado la extensión de los poderes del delegado, éste será considerado como simple mandatario y no tendrá otras facultades que las necesarias para ejecutar los actos y contratos comprendidos en el giro ordinario de la sociedad, o que sean necesarios o conducentes al logro de los fines que ésta se hubiere propuesto (artículo 527).

Y por ser el administrador, en tal caso, un simple mandatario, se le prohiben aquellos actos que naturalmente no autoriza el mandato y que requieren, por tanto, poder especial, entre los cuales figura el de hipotecar los inmuebles sociales (artículo 2158 C. C. y 520 C. de Co.).

El administrador de una sociedad que realiza la hipotecación de bienes sociales, sin estar expresamente autorizado, extralimita su mandato, con la ineludible consecuencia jurídica, no de simple nulidad relativa del acto, como lo sostuvo nuestra jurisprudencia hasta el 24 de agosto de 1938, en vista de que aquél era ratificable (artículo 2186 C. C.), sino de inexistencia legal, deducida, según la sentencia de casación de esa fecha (G. J. Tomo 47, número 1940, pág 78), de dos principios capitales: 1º Que aplicando A CONTRARIO SENSU el artículo 1505 del C. C., lo que una persona ejecuta en nombre de otra no teniendo poder de élla ni de la ley para representarla, carece de efectos contra el representado. 2º Que uno de los cuatro elementos esenciales para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es el consentimiento, "condición indispensable, la primera y la principal de todas, para que un acto o contrato tenga existencia jurídica". Y en el mandato, el consentimiento se presta a través del mandatario.

Pero como puede suceder —sigue diciendo la citada sentencia— "que una persona sin mandato GESTIONE o administre los bienes de otra; la ley regula especialmente este fenómeno bajo el nombre de AGENCIA OFICIOSA O GESTION DE NEGOCIOS AJENOS, previendo entre otras cosas (artículo 2308), que si el negocio ha sido bien administrado, es decir, con provecho y utilidad para el dueño, éste debe cumplir los compromisos que el agente oficioso ha contraído en la gestión. Aquí, pues, el dueño queda obligado no por el fenómeno de un consentimiento prestado a través del mandatario, sino por disposición de la ley que así lo manda para evitar que el dueño se aproveche sin compensaciones de la actividad benéfica de otro sobre su propio patrimonio".

"El agente oficioso sólo obliga al interesado ante terceros cuando la gestión redunda en provecho de éste, o ha sido ratificada. En los demás casos, trátase de actos inoponibles al dueño; es decir, de actos que en relación con él son ineficaces e inexistentes. En manera alguna nulos, comoquiera que la nulidad, aún la radical, exige un principio de existencia del acto jurídico". ((Casación Civil. Octubre 6 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....304, 2ª y 305, 1ª y 2ª

- 140 -

HURTO

Las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se lleve a cabo el atentado contra el patrimonio, no constituyen elementos esenciales del delito de hurto. Son factores circunstanciales que pueden dar lugar a que se agrave la responsabilidad y la sanción o a que el hecho se torne en una infracción más gráve, pero no dan lugar a la existencia del hecho como punible, y en caso de que se incurra en error acerca de la época o del lugar en que se cometió el hurto, éllo sería únicamente causal de nulidad en el proceso. (Casación Penal. Agosto 19 de 1952. T. LXXIII. N.° 2118) 104, 1ª

- 141 -

HURTO (No se requiere que su autor se aproveche de lo sustraído).

Como el hurto es una de las infraciones de las que se denominan formales, porque se consuman o se perfeccionan en el instante en que se ejecuta el hecho que las constituye, sin consideración al daño efectivo que sufra el bien jurídico tutelado por la norma penal, lógicamente hay que concluír, que no hace falta para la concurrencia al hecho el ánimo de lucro por parte de los agentes del ilícito y para la existencia de este elemento esencial, la utilidad grande o pequeña, el provecho económico o personal que aquéllos hubieran derivado del atentado contra la propiedad ajena. Basta que el detentador hubiera tenido la intención de utilizar materialmente la cosa, de sacar de élla un provecho económico o moral, para que el ANIMUS LUCRANDI se dé con toda puntualidad. Esto lo que se deduce del texto del artículo 1° de la Ley 4ª de 1943, que al tipificar el delito de hurto, sólo exige, entre otros elementos, que el agente sustraiga la cosa "con el propósito de aprovecharse de ella", y no que realmente hubiera derivado un beneficio con la sustracción.

Como lo dice con toda propiedad el señor Procurador Delegado en lo Penal, "una cosa es el fenómeno de la consumación y existencia del hurto, y otra muy distinta las consecuencias que de éllo pueda sacar el responsable, en orden a obtener un provecho económico o una ventaja personal". Lo contrario sería dar al texto expreso de la ley, una interpretación contraria a su letra y a su espíritu, porque bastaría que los autores de los atentados contra la propiedad fueran sorprendidos antes de que lograran utilizar materialmente la cosa o pudieran sacar de élla un beneficio, o que no se les pudiera probar el provecho resultante del atentado, para que éste quedara sin sanción. El hurto, en la generalidad de los casos, se ejecuta con el propósito de sacar del objeto sustraído un provecho positivo directo y en el sentido general del vocablo, un provecho sensual, pero las ventajas o beneficios económicos o morales que derive de su acción el delincuente, y los perjuicios que pueda sufrir el dueño de la cosa, no hacen parte integrante del delito ni son requisitos cuya comprobación sea indispensable para que el ilícito se configure. (Casación Penal. Agosto 19 de 1952. Tomo LXXIII. N° 2118) .....104, 2ª y 105, 1ª

- 142 -

HURTO

La cuantía de que se apodere el agente en los delitos de hurto y robo, sólo sirve para señalar la competencia del Juez del conocimiento y para atenuar o agravar la sanción, como lo prevén los artículos 398, numeral 2°, y 399 a 401 del Código Penal. Esa cuantía no forma parte del cuerpo del delito. (Casación

Penal. Octubre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 496, 1ª

— I —

- 143 -

ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA SUSTANTIVA

Cuando la demanda implica necesariamente el pronunciamiento sobre un acto o contrato, o relación jurídica, de los cuales sea titular una persona que no ha sido llamada al juicio, para desconocerles valor o eficacia, la sentencia sobre el fondo de tal cuestión no puede proferirse y se limita a desestimar la demanda, como consecuencia de tal omisión. En tal evento, la personería sustantiva de la parte demandada es incompleta, e ilegítima por consiguiente, por no haberse dirigido la acción contra todas las personas que son sujetos pasivos obligados de la litis y están llamados a contradecirla.

La Corte ha declarado que existe ilegitimidad en la personería sutantiva del demandado, cuando la demanda no se dirige contra quienes, de acuerdo con la ley, están llamados a contradecirla, por ser obligados sujetos pasivos de la litis. (Negocios Generales, 7 de junio de 1937, G. J., 45, pág 532; Casación Civil, 2 de octubre de 1936, G. J., 45, pág. 343; 12 de agosto de 1941, G. J., número 1978, pág. 179; noviembre 12 de 1951, G. J., número 2107-2108, pág. 773). (Casación Civil. Octubre 20 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....372, 2ª y 373, 1ª

- 144 -

IMPEDIMENTO (Quién resuelve del de un Magistrado)

El impedimento de un Magistrado de Tribunal, lo mismo que la recusación, deben resolverlo los Magistrados restantes de la misma Sala, según lo ordena el artículo 442 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al caso por mandato del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal. Ordena ese artículo que del incidente de recusación —y lo mismo puede decirse del impedimento— conozcan "los demás Magistrados que forman la Sala respectiva", esto es, "los dos que le sigan en turno" al ponente, según el artículo 70 del mismo Código. (Casación Penal. Septiembre 8 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120). 452, 2ª

- 145 -

INCIDENTE DE REGULACION

Dice el art. 550 del C. J., en su inciso 2º, que si para cumplir el fallo no se requiere seguir otro juicio, "la ejecución de aquél corresponde al Juez o Tribunal que conoció del asunto en primera o única instancia"; competencia ésta que, sin duda alguna, no puede ejercerse sino dentro del negocio correspondiente, como lo corrobora el art. 553 ibídem, pues allí se ordena dar traslado de la liquidación A LA CONTRAPARTE por el término de cinco días, y luégo se agrega: "Si la liquidación no es objetada, el Juez dicta auto aprobatorio de élla; si es impugnada SE ABRE EL INCIDENTE A PRUEBA por el mismo término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado".

Así las cosas, es incuestionable que esta clase de actuaciones sólo puede adelantarse como una continuación del juicio en que se haya hecho la condenación en abstracto; es decir, que la competencia en estos casos, tal como ha sido prevista por la ley, es inseparable del asunto que haya dado lugar a la regulación en concreto. (Negocios Generales. Noviembre 24 de 1952. T. LXXIII. Números 2121 y 2122) .....892, 1ª y 2ª

- 146 -

INDICIOS (Error de hecho en su apreciación)

Cuando se trata de valorar o estimar la prueba indiciaria, no se comete por el juzgador error de hecho, sino en casos especiales en que su interpretación repugne a la evidencia clara y manifiesta que arrojan los autos. Se desprende esta tesis de las normas que regula el artículo 662 del C. J., que consagra el principio de que las presunciones fundadas en pruebas incompletas o indicios, tienen más o menos fuerza, según sea mayor o menor la conexión o relación entre los hechos que la constituyen y el que se trata de averiguar. (Casación Civil. Octubre 15 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 701, 1ª

- 147 -

INDICIOS (Su apreciación)

La soberana apreciación de la prueba, por parte del fallador de segunda instancia, que nunca ha dejado de reconocer una jurisprudencia tradicional de la Corte, no se extiende, aunque se refiera a los indicios, y en asuntos de simulación, hasta eliminar medios allegados al proceso, sólo porque aparezcan como desligados o flójamente conexos con la cuestión principal. Con éllo no sólo se corre el riesgo de dejar flancos vulnerables a la casación, sino que tal criterio es contrario a los principios científicos que rigen sobre la teoría general de la prueba. Un conocido tratadista estudia el punto como postulado didáctico, pero no menos evidente como criterio jurídico de la valoración judicial. Así dice don Antonio Dellepiane:

"Al exponer la teoría de la prueba, los tratadistas de derecho procesal ordinariamente estudian los diversos medios de prueba, uno después del otro, tratando de precisar las condiciones necesarias y suficientes para que cada uno de éllos haga por sí solo plena prueba. Este medio expositivo o didáctico, es evidentemente artificial, en cuanto, quizá en la mayoría de los casos, la prueba no es, como se dice, simple, sino compuesta, es decir, no es el resultado de un solo medio de prueba, sino que es obtenida mediante el concurso o combinación de varios de éllos, que, insuficientes uno a uno para hacer prueba plena (prueba imperfecta) reunidos y combinados consiguen sin embargo, producirla". (Nueva Teoría General de la Prueba, Buenos Aires, 1919).

Por consiguiente, si es anticientífico enseñar las normas sobre pruebas judiciales, con ese criterio exegético, limitándose a estudiar cada medio de prueba por separado, averiguando las condiciones en que puede ser perfecto; también es antijurídico prescindir del criterio de relación entre los varios medios de prueba allegados al debate. Así lo supone la ley, y de ahí que consagre, en la causal primera de casación, los motivos de violación indirecta por falta de apreciación de elementos probatorios que constan en los autos, y aunque se trate de la prueba de indicios para investigar la simulación. (Casación Civil. Diciembre 2 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 733, 2ª y 734, 1ª

- 148 -

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está consagrada de manera perentoria en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que ordenan que la responsabilidad que les pueda corresponder por el hecho o culpa de los agentes que están a su cuidado, cesará si comprobaren que

con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad, es necesario que esa persona se descargue probando la ausencia de culpa o, con mayor razón, que el daño producido por el agente, sirviente, artesano, hijo de familia, discípulo, según los casos, se debió a fuerza mayor o caso fortuito o a un hecho extraño, en el cual queda incluída la propia y exclusiva culpa de la víctima.

En el caso de autos, el Tribunal acogió como plena prueba para desvirtuar la responsabilidad indirecta de la entidad demandada, no el dictamen pericial y la inspección ocular de que en uno de sus cargos habla el recurrente, sino los autos de sobreseimiento definitivo, proferidos por el Juzgado Primero Superior y el Tribunal de Bogotá, en favor de Francisco Antonio Ruiz, con motivo del mismo accidente a que se contrae este pleito. Al aceptar esa prueba y asignarle la virtualidad expresada, el sentenciador obró con indiscutible acierto, pues en tales fallos, que versaron sobre el fondo del asunto y después de examinar las probanzas recogidas, la justicia penal llegó a la conclusión perentoria de que en la consumación de los hechos "no hubo por parte del motorista señor Francisco Antonio Ruiz actuación delictuosa alguna, y tampoco existió culpa, ya que como antes se dijo, no hubo de su parte imprevisión en el manejo del vehículo, ni descuído, sino que el accidente se debió únicamente a la imprudencia del señor Martínez, al pretender atravesar la calzada en condiciones que hicieron imposible evitar el acontecimiento".

Esas decisiones, que limpian de toda culpa la conducta del agente del Municipio y que en cambio atribuyen "únicamente a la imprudencia" de la víctima el acaecimiento del accidente, tienen fuerza erga omnes, y de consiguiente desvirtúan plenamente la responsabilidad civil indirecta que aquí se imputa al Municipio por razón del mismo suceso, pues tal responsabilidad cesa —como ya se dijo— cuando se comprueba, entre otras circunstancias, que el hecho se debió a la propia y exclusiva culpa de la víctima. (Casación Civil. Septiembre 26 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120) .....

, 252, 1ª y 2ª y 253, 1ª

- 149 -

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

La providencia que le pone fin al juicio penal en forma absolutoria para el sindicado no constituye necesariamente la prueba de que él no haya tenido participación en el delito o de que éste no haya existido. En efecto, únicamente cuando el fundamento de la sentencia penal absolutoria es la ausencia de delito o la no participación del sindicado en su comisión, esa providencia constituye por efecto de la cosa juzgada, plena prueba de tales hechos dentro del proceso civil.

Pero cuando la decisión penal favorable se basa en la falta de prueba suficiente de la responsabilidad del sindicado, no demuestra en forma alguna, en el proceso civil, que evidentemente el sindicado haya sido ajeno a los hechos debatidos o que no los haya ejecutado. (Casación Civil. Noviembre 10 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122), 650, 2ª

- 150 -

INFLUENCIA DEL FALLO PENAL EN EL JUICIO CIVIL

Para poder decretar la suspensión del juicio civil, se hace preciso la demostración del hecho de la existencia del proceso penal, y como conclusión lógica de esa existencia, la de que proceda la suspensión en vista de los

elementos que del proceso penal se lleven a la actuación civil, por la influencia que en éste pueda tener el fallo que llegue a dictarse en el penal. (Negocios Generales. Diciembre 12 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 908, 1ª y 2ª

- 151 -

INMUEBLES (Prueba de su dominio)

La prueba del dominio de bienes inmuebles es únicamente el título debidamente registrado, bien sea escritura pública o hijuela o sentencia judicial. Ni siquiera la confesión puede suplir esta prueba, por tratarse de un requisito ad solemnitatem, de imperativo rigor. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 179, 2ª

- 152 -

INSPECCION OCULAR (Su valor probatorio)

La inspección ocular practicada con asistencia de peritos, es una prueba mixta, en cuya valoración precisa tener en cuenta diferentes reglas, según se trate de apreciar el reconocimiento de los hechos por el Juez o el dictamen de los peritos. El mérito de aquélla se estima conforme a las reglas del Capítulo IX, del Libro 2º, Título 17 del Código Judicial, y el de éste, de acuerdo con las normas del Capítulo VIII ibídem.

Así lo dispone expresamente el artículo 730 del mismo Código. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 188, 1ª

- 153 -

INTERES JURIDICO (Para ejercer una acción)

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 (v. G. J. Tomo 49, pág. 848). (Casación Civil. Octubre 22 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). .. 394, 1ª y 2ª

- 154 -

INVENTARIOS (No hay nulidad por indebida inclusión de un bien o de una deuda).

Ha dicho la Corte: "La ley no abre la vía de la nulidad de la diligencia de inventarios, la cual es simplemente una relación de los bienes relictos, que no quita, ni confiere derechos" (G. J., Tomo 47, pág. 31).

La inclusión indebida, si fuera el caso, de un crédito como carga de la mortuoria, no está erigida, pues, en causal de nulidad. Cuando el interesado ha tenido a su disposición el derecho de impugnar, su silencio entraña aquiescencia del acto.

Si se ha comprendido entre las deudas del causante un crédito ya cubierto, o que en alguna forma no se adeuda, otros recursos conceden las leyes para rechazarlo, cuando se

ha dejado de hacerlo en la oportunidad debida, o se advierte con posterioridad un motivo que justifique su impugnación. (Casación Civil. Octubre 7 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 313, 1ª

— L —

- 155 -

LEGITIMACION (De hijos naturales)

Según el artículo 246 del C. C., la calidad de hijo legítimo se extiende aún a los hijos legitimados, a menos que la ley expresamente los excluya. El artículo 236 de la misma obra llega hasta expresar que son también legítimos los concebidos fuéra de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres, según reglas que especifican textos complementarios subsiguientes.

Hay dos clases de legitimación: a) una, llamada ipso jure, o sea legitimación que se produce de pleno derecho; b) otra producida no de pleno derecho, sino por acto bilateral de los padres que tienen voluntad de otorgar el beneficio, a la cual debe concurrir por parte del hijo la voluntad de aceptarlo.

a) LA LEGITIMACION IPSO JURE. Esta se realiza en dos hipótesis, a saber: 1ª Cuando el hijo se concibe antes del matrimonio y nace durante las relaciones matrimoniales de la madre embarazada, salvas las excepciones del derecho, por ejemplo las relativas a la impugnación de la paternidad; y 2ª Cuando los padres que se casan han reconocido previamente como natural a un hijo de ambos, en los términos de los artículos 238 del C. C. y 52 de la Ley 153 de 1887.

b) LEGITIMACION POR ACTO BILATERAL. Esta es, para la mayoría de la Sala, un efecto puramente civil del matrimonio en Colombia, y consiste en el beneficio conferido por los padres y aceptado por la descendencia legitimada en las condiciones establecidas por el código, el cual regula ese efecto del matrimonio de la misma manera, ya se trate de matrimonio civil, ya se trate de matrimonio católico. (Casación Civil. Agosto 11 de 1952. T. LXXIII. Número 2118). 19, 1ª

- 156 -

LEGITIMACION (Prueba de la producida por matrimonio católico subsiguiente).

Según doctrina antigua y constante de la Corte, cuando la legitimación se produce por matrimonio subsiguiente que contraen los padres según el rito de la Iglesia Católica y el acta de matrimonio donde se hiciera constar la legitimación, no estuviera firmada por aquéllos, sino únicamente por el párroco que presenció el matrimonio, es admisible para los efectos del artículo 239 del C. C., pero sólo respecto de las actas de matrimonio católico extendidas antes del año de 1913, porque entonces el derecho canónico no exigía que el acta de matrimonio la firmaran los padres. (Casación Civil. Agosto 11 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) 19, 2ª

- 157 -

LEY (Qué debe entenderse por tal en el recurso de casación)

Hay paso hacia el recurso de casación, según el motivo 1º del artículo 520 del C. J., cuando la sentencia del Tribunal es violatoria de ley sustantiva, lo cual está de acuerdo con la finalidad principal del recurso, que según expresa el artículo 519 anterior, es "uniformar la jurisprudencia nacional". Y es claro entonces que esa jurisprudencia no se uniforma sino aplicando leyes nacionales, es decir, dictadas para toda la Nación. No se uniforma esa jurisprudencia con la aplicación

de normas que pueden llamarse locales, por contraposición a nacionales, es decir, normas para sólo una parte del país —un Departamento o un Municipio—. En sentido lato, se da el nombre de leyes, fuéra de las comunes, a todo articulado que una autoridad del Estado, con jurisdicción dentro de su territorio o dentro de una parte de él, puede dictar con el carácter de obligatoriedad. Así, en aquel sentido genérico es común llamar leyes los decretos reglamentarios del Gobierno, las ordenanzas departamentales, los decretos de los alcaldes y los acuerdos municipales.

Pero ley para los efectos del recurso de casación, es la sustantiva, es decir, la expedida por el Congreso con carácter obligatorio para toda la República. No es siquiera la adjetiva: se necesita que la ley verse sobre derechos individuales de las personas naturales o jurídicas, y por eso, hay que buscar en el Código Civil lo que es ley, para el caso, prescindiendo de definiciones y conceptos sobre su significado, las cuales abundan, pero que no pueden tenerse en cuenta en este recurso extraordinario. Se cita el Código Civil, para efecto de la definición de ley, nada más, pero sin que ello quiera decir que sólo en ese Código se encuentren las disposiciones sustantivas a que alude el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial.

Ley, de acuerdo con el artículo 4º de nuestro Código Civil, "es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional". Y la Carta Fundamental expresa que "corresponde al Congreso hacer las leyes". De manera que, en sentido restricto, aplicable al caso que se está estudiando, ley es una emanación del Congreso. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). .....265, 2ª y 266, 1ª

- 158 -

LEY (Cuál es la que debe tenerse en cuenta para la casación).

La Corte, de manera constante y uniforme ha venido repitiendo el concepto de que, sin desconocer a los preceptos puramente probatorios linaje sustantivo, los priva, sin embargo de entidad suficiente para que su solo quebranto incida en la prosperidad de un recurso de casación.

La falta de cita de las disposiciones de orden sustantivo violadas, impide la prosperidad del recurso, por no haberse mencionado el precepto de tal naturaleza quebrantado y el concepto de su violación.

La infracción de normas adjetivas genera el error de derecho en la apreciación de determinada prueba, que cuando incide en la violación de un texto legal sustantivo origina la primera causal de casación de las indicadas en el artículo 520 del C. J.

Cuando se acusa un fallo por la causal primera de las enumeradas en el referido precepto, por indebida apreciación de pruebas, se requiere la demostración de haberse incurrido en error de derecho o de hecho manifiesto, al través de la equivocada apreciación de una prueba, o de su falta de apreciación, error que ha conducido a la violación de ley sustantiva, que ha de citarse. (Casación Civil. Noviembre 3 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....623, 1ª y 2ª

- 159 -

LEY PROCESAL (Su aplicación en el tiempo)

"La ley procedimental cuando no contiene precepto de orden sustativo, sino de mera formalidad, de apreciación objetiva o externa, es de aplicación inmediata.

"La finalidad de la ley procedimental ra-

dica en el ejercicio y efectividad de la acción penal, en cuanto por medio de ella se trata de garantizar la represión de un delito con la imposición de una pena. Si la nueva ley no agrava las condiciones del acusado disminuyendo los medios de defensa, sino al contrario los amplía y aumenta las posibilidades de éxito es de orden imperativo e inmediato. Si la ley de procedimiento encarna preceptos destinados a conducir el juicio por normas procesales más adecuadas hasta ponerlo en estado de sentencia, o si ella contempla formalidades no de esencia sino de procedimiento, de apreciación objetiva por parte del juzgador, la ley es también de aplicación inmediata. Estos dos preceptos tienen respaldo en lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

"Conforme a esta disposición, cuando la nueva ley de procedimiento entra a regir, todos los procesos iniciados con anterioridad quedan bajo su vigencia, pero únicamente en cuanto hace referencia a la **sustanciación y ritualidad** de los mismos, porque el legislador supone o estima que la nueva ley está inspirada en mejores principios de defensa social y en medidas aptas para conseguir una pronta administración de justicia, sin menoscabar los principios defensivos del procesado, ya que estos postulados son normas supremas de justicia penal por las cuales no se puede agravar la situación del reo, sin exponerlo a una mayor probabilidad de ser condenado". (G. J. Tomo 59, página 539). (Casación Penal. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122).....828, 1ª y 2ª

- 160 -

LITISCONSORCIO

Fundamentalmente, los litisconsortes permanecen independientes unos de otros, en lo que a la gestión del proceso se refiere. Los actos de uno no redundan ni en provecho ni en perjuicio de los demás, aunque, naturalmente, la prueba aportada por uno, de hecho aprovecha a los otros. Si, por ejemplo, de dos demandados uno admite las afirmaciones del actor y el otro las discute, el hecho queda fuéra de duda para el primero, pero no para el segundo, hasta tanto no sea probado frente a él; si uno reconoce la acción del actor y el otro la discute, se dicta para el primero una sentencia de reconocimiento, pero para el segundo, no. Del mismo modo, la sentencia que recaiga para todos los litis consortes, puede adquirir la fuerza de cosa juzgada frente a aquel que se conforma con ella, en tanto que, con respecto a los demás, queda sometida a la suerte de la apelación o del recurso interpuesto. Este caso de litisconsorcio hasta aquí explicado, que es el normal, se llama litisconsorcio simple.

La independencia entre los litisconsortes, que se acaba de plantear, no tiene efectividad en dos grupos de casos: en primer lugar, existen en derecho civil acciones que sólo pueden hacerse valer y obligaciones que sólo pueden cumplirse por varios en común. Si aquí los procesos incoados por una demanda común, pudiesen o debiesen seguir su curso por separado, no podrían llevar aisladamente al fin deseado, pues el ejercicio de la acción por uno o contra uno, es imposible en este caso; tal sucedería, por ejemplo, si varios socios litigan con un tercero en declaración de que la cosa que éste pretenda o detenta, pertenece al patrimonio social. De otra parte, hay casos en los cuales la resolución ha de ser del mismo tenor para todos los litis consortes; por ejemplo, varios herederos demandan la nulidad de un acto simulado de su causante que los perjudica, pues lesiona su derecho herencial, la cuestión litigiosa tiene que resolverse afirmativa o negativamente, frente a todos los demandantes. (Casación Civil. Octubre 7 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....311, 1ª y 2ª

— M —

- 161 -

MINISTERIO PUBLICO (Cuándo se entiende cumplido el requisito de oírlo)

Ni el artículo 12 de la Ley 69 de 1945, ni el artículo 1203 del C. J., ordena correr traslado al Ministerio Público, sino simplemente oírlo, términos que en derecho son distintos, porque en el primer caso, es necesario expresar en la diligencia de notificación, que los autos quedan por el término legal a disposición del notificado; y en el segundo, según el artículo 325 del C. J., con la simple notificación personal, se cumple la formalidad de oír al Fiscal. (Negocios Generales. Septiembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....507, 2ª y 508, 1ª

- 152 -

MORA (En caso de condena en abstracto)

Cuando la condena es en abstracto, es claro que la mora en el pago no puede resultar sino desde la renuencia en que incurra el obligado, una vez que quede en firme el auto en que culmina el trámite previsto en el artículo 553 del C. J. (Negocios Generales. Octubre 29 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 896, 1ª

— N —

- 163 -

NOTIFICACIONES

Como lo dijo la Corte: "Es verdad que el Código de Procedimiento Penal ordena que todo auto o sentencia se notifique 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). 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.

"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 tratándose del sumario, dada su naturaleza dinámica y permanente. Por eso, el Código de Procedimiento ordena realizarlas sin demora alguna, y al estatuir 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". (G. J. Tomo 64, pág. 537). (Casación Penal. Octubre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 496, 2ª

- 164 -

NULIDAD (Por haber continuado el juicio después de muerto un litigante)

Lo que la ley se ha propuesto en el caso del art. 370 del C. J., es que no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener quien lo asista después de su muerte, no puede hacer valer sus derechos, ni defenderse, según le corresponda, y, por ello, el Juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción. Pero esta nulidad sólo es posible cuando se ha continuado el pleito después de la muerte del litigante que no tenía apoderado constituído en el juicio. (Casación Civil. Octubre 7 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 313, 2ª

- 165 -

NULIDAD (De escrituras públicas)

Podría pensarse que la falta del requisito de los testigos instrumentales o a ruego (en

el sentido de que estén impedidos para tal actuación), constituye una causa de nulidad del contrato o acto que se celebra, en consideración a la calidad de las partes o a la naturaleza misma del acto o contrato. Sin embargo, esta afirmación es apenas consecuencia de un examen superficial del problema.

El artículo 2595 del C. Civil distingue claramente dos clases de nulidades: las del instrumento en sí, que son únicamente aquellas que allí mismo se señalan; y las del acto o contrato, que son las consagradas en los artículos 1740 y 1741 del mismo Código. Entre los diversos requisitos del instrumento, está la calidad de los testigos instrumentales o a ruego, en cuanto no deben ser parientes o subalternos del Notario o de las partes, etc. Pero tal requisito no fue incluído como causa de nulidad del instrumento en el artículo 2595, pues allí se habla de la falta de la firma entera de los testigos, y no se dice que a pesar de haber firmado el instrumento en debida forma estén en algunos de los casos de inhabilidad consagrados por el Código. Se observa que el artículo 333 de la Ley 57 de 1887 reformó el 2595, al establecer que no es causa de nulidad el no haber firmado los testigos en forma completa, si se trata de personas conocidas.

Por otra parte, las causas de nulidad del acto o contrato propiamente dicho, no miran en absoluto a la calidad de los testigos y ni siquiera a la presencia o ausencia de testigos en su celebración. Ellas se refieren a la calidad de las partes (ser mayor de edad, no estar en interdicción ni ser sordomudo que no pueda darse a entender por escrito), al objeto, a la causa y a los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La ley requiere escritura pública para el mandato con el fin de enajenar inmuebles. Si la escritura pública se otorga, el contrato cumple el requisito legal. De otro lado, las causas de nulidad del instrumento no son cualesquiera informalidades, sino únicamente las señaladas taxativamente por la ley, las cuales no es dable extender por vía de analogía. Y en ninguna parte se dice que sea causa de nulidad del instrumento la concurrencia de un testigo instrumental o a ruego afectado por alguno de los impedimentos señalados en el artículo 2587 del Código Civil.

La firma del testigo inhabilitado para serlo, implica una falta en la forma del instrumento, no un defecto en el acto o contrato que en aquél se contiene. (Casación Civil. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122).....794, 2ª y 795, 1ª

- 166 -

NULIDAD ABSOLUTA

El primer requisito para que la nulidad absoluta de un acto o contrato pueda ser declarada de oficio, es el de que el vicio o defecto que origina la nulidad debe aparecer de manifiesto del acto o contrato.

No habiendo sido definido por el legislador el vocablo "manifiesto", ni correspondiendo a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, que, según el diccionario, es lo que está patente o visible (artículo 28 del C. C.), que salta a la vista con sólo leer el contrato; por consiguiente, se tiene que la nulidad aparece de manifiesto, cuando basta leer el acto, sin relacionarlo con ninguna otra pieza o antecedentes del proceso, para que sea verificada.

Al emplear el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, la palabra **manifiesto**, agregó todavía para reafirmar y reforzar su sentido, la frase determinativa y restrictiva "en el acto o contrato". No es dable, pues, poner en duda que el legislador ha querido, evidentemente, establecer que el vicio que provoque la declaración oficiosa de nulidad, deba hallarse

presente, estar patente en el instrumento mismo del acto o contrato anulable, y no que ese vicio resulte de la relación que exista o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios del proceso.

El segundo requisito para que la nulidad absoluta pueda ser declarada oficiosamente, es el de que el acto o contrato nulo haya sido invocado en el litigio por alguno de los contratantes; es decir, que se haya exhibido en el proceso, en apoyo de alguna de sus pretensiones. En sentencia de 26 de agosto de 1938, dijo la Sala de Casación Civil: "Una nulidad absoluta y de la clase a que se refieren los artículos 15 y 2º citados, es decir, **manifiesta**, en el sentido ya expresado, no puede declararse de oficio sino cuando entre las partes contratantes se está litigando sobre la efectividad o el cumplimiento del contrato, y entonces, como por un principio general de orden público, los actos absolutamente nulos no pueden vincular jurídicamente a las partes, el fallador niega esa vinculación, por medio de la declaración oficiosa de nulidad". (G. J. Tomo 47, páginas 66 y 238).

No sobra observar, en relación con este punto, que la nulidad absoluta sólo puede declararse cuando el acto o contrato viciado es invocado en juicio, lo que presupone que se está tratando de que produzca efectos jurídicos; es el interesado mismo quien lleva el acto o contrato a conocimiento de la justicia, y lo único que hace ésta, es ejercitar una facultad que le está expresamente reconocida por la ley.

El tercer requisito o condición va en guarda del principio general, que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad, no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron o sus causahabientes. (Casación Civil. Octubre 22 de 1952. T. LXXIII. - Nos. 2119 y 2120) .....395, 1ª y 2ª

- 167 -

NULIDAD CONSTITUCIONAL

De acuerdo con nuestras normas constitucionales y procedimentales, a nadie puede juzgarse sin darle amplias oportunidades de defenderse de los cargos que se le hayan imputado. Y los medios encaminados a lograr esa finalidad, no son otros que los de oírlo en el curso del proceso y recogerle las pruebas que tiendan a destruir o atenuar esas imputaciones. La ley procedimental establece que el funcionario de instrucción debe investigar con igual celo los hechos y circunstancias que acrediten y agraven la responsabilidad del acusado y también los que eximan de ella, o la extingan o atenúen (art. 295 del C. de P. P.).

Muy acertado es el comentario del representante del Ministerio Público, al decir: "Uno de los fines específicos del proceso penal, es el de establecer la verdad material, histórica o efectiva de los hechos punibles. Y esa investigación domina a través de todo el negocio, en sus dos fases correspondientes al sumario y al juicio. En el primero, es más intensa la búsqueda de la verdad, y ello queda a cargo del funcionario de instrucción y del Ministerio Público. En el juicio, la iniciativa principal se le asigna a las partes, pero sin que cese la obligación del Juez de velar por los objetivos de la investigación y de tutelarle a cada una de ellas sus respectivos derechos. Por eso, durante el debate el Juez puede decretar oficiosamente pruebas conducentes al 'esclarecimiento de los hechos' (artículos 450 y 472 del C. de P. P.) y debe ordenar y llevar a término, sin demora, aquellas que le pidan las personas que intervienen en el proceso (artículos 477, 450 y 451 ibidem)". (Casación Penal. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .450, 2ª

- 168 -

NULIDAD CONTRACTUAL

Si el objeto de la nulidad contractual es el de romper el vínculo jurídico formado a través del consentimiento de las partes en la estipulación, y su consecuencia inmediata, la de volver las cosas al estado que tenían anteriormente, se comprende entonces la imposibilidad jurídica de declararla fuéra de la intervención de los mismos a quienes dicho acto tiene forzosamente que afectar. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 291, 2ª

- 169 -

NULIDADES

Las causas de nulidad adjetiva están taxativamente señaladas en el procedimiento. Unas son comunes a todos los juicios; otras especiales para el ejecutivo (artículos 448 y 451 del C. de P. C.). Ninguna de ellas comprende la irregularidad a que el cargo se refiere. Pero ni aún admitiendo que tal irregularidad tuviera ese alcance, podría pedirse la declaración de nulidad por la vía ordinaria, pues este recurso está expresamente limitado a los dos casos que prevé el artículo 457 del citado Código. (Casación Civil. Noviembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 713, 2ª y 714, 1ª

- 170 -

NULIDADES

Como lo dijo la Corte, en sentencia de 18 de julio de 1945 (G. J. Tomo LIX, pág. 962): "...Omitida la notificación del auto de proceder, si posteriormente se hace al procesado otra notificación personal en el mismo juicio, se establece una presunción en contra de él, de que, al notificarse, necesariamente tiene que conocer el auto de proceder. Si esta nulidad no fuere subsanable por la notificación personal, posteriormente a dicho acto, se establecería una prerrogativa ilimitada en favor del sindicado, con menoscabo de los intereses de la ley y de la sociedad. En tales circunstancias, el procesado callaría el hecho generador de la nulidad, para alegarlo en cualquier momento, antes de dictarse la sentencia, con lo cual se establecería un caso de "fraude a la ley". (Casación Penal. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 449, 2ª

- 171 -

NULIDADES (Porque en un Tribunal y en asunto en que es parte la Nación no profirió una providencia toda la Sala Civil)

Dice el ordinal 1º del artículo 76 del Código Judicial que los Tribunales Superiores conocen en primera instancia de los asuntos contenciosos en que sea parte la Nación y en que se discutan cuestiones de derecho privado; pero añade el artículo 77 que el fallo definitivo en los negocios de que trata el ordinal citado deben dictarlo todos los magistrados de la Sala Civil cuando el respectivo Tribunal se halle dividido en dos Salas.

En el caso presente la providencia apelada no llena el requisito legal indispensable de haberse proferido por la autoridad que debía haberla proferido, que no era una Sala de Decisión de tres magistrados, sino la Sala entera de lo Civil.

Así las cosas, lo actuado con posterioridad al fallo de que se trata carece de valor, y así habrá de declararse. (Negocios Generales. Agosto 20 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118).. 133, 2ª

— P —

- 172 -

PAPEL SELLADO

Cuando el artículo 5º de la Ley 20 de 1923 prohibe escribir en los **espacios,** habrá de entenderse que se trata de los **espacios en blanco** previstos por disposición anterior? No lo entiende así la Corte, porque el artículo 5º no consagra claramente una excepción al artículo 3º, que establece que **las líneas tranversales son para la escritura.** De esta suerte, cuando la ley prohibe escribir simplemente en los **espacios,** no puede referirse sino a los que quedan normalmente después de escribir sobre dichas líneas transversales. Pero como es natural, sin que esto impida las entrerrenglonaduras que no se hayan podido evitar, las cuales deben salvarse conforme a disposiciones especiales. (Negocios Generales. Noviembre 12 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122).....862, 2ª y 863, 1ª

- 173 -

PARTICION

El error procesal en que evidentemente incurrió el Juez de la primera instancia al tramitar y decidir separadamente los dos pliegos de objeciones, y pronunciar como consecuencia un doble fallo aprobatorio de la partición, no es bastante para demostrar la coexistencia jurídica de dos sentencias, ni menos aún, para quitarle sus efectos a aquella de las dos decisiones que pudiera ejecutoriarse después de la otra. Porque definido como está por el penúltimo inciso del art. 964 del C. J., que "Si el juez encuentra fundada alguna objeción, ordena al partidor que rehaga la cuenta y, si por el contrario, la estima infundada, aprueba la partición", se comprende claramente cómo el sentido aprobatorio o improbatorio de esta providencia, no es ni puede ser sino una obligada consecuencia de la negativa o aceptación de cualquiera de los reparos contra la partición; por lo cual y aún decididas aquéllas mediante proveídos distintos, ellos al fin y al cabo siguen siendo una sola entidad jurídica, cuyo sentido es insusceptible de estabilizarse a través de la ejecutoria, mientras no lo estén todas y cada una de las resoluciones tomadas respecto de las objeciones propuestas. (Casación Civil. Agosto 23 de 1952. Tomo LXXIII. Nº 2118).....52, 2ª

- 174 -

PARTICION

Como durante el incidente de objeciones a la partición no se puede discutir la exactitud del inventario, sino sólo la legalidad de aquélla, es claro que debiendo formalizarse esta última sobre las bases del primero, el trabajo de distribución debe forzosamente ajustarse a las situaciones reconocidas en el inventario, y en consecuencia, no se puede desaprobar ese trabajo con base en errores que se cometieron al confeccionar aquél. (Casación Civil. Agosto 23 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118).....56, 2ª

- 175 -

PARTICION (Objeciones a una partición)

El incidente de objeciones no tiene cabida sino una sola vez en juicio, cuando el partidor presenta por la primera vez su trabajo. (V. casación de 26 de julio de 1939, G. J. número 1949, pág. 423). (Casación Civil. Agosto 28 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118)... 88, 1ª

-176 -

PARTICION (Facultad oficiosa del juez para aprobarla o no)

Dentro del juicio de sucesión o de división de bienes comunes, la Corte no tiene más vía de acceso al estudio de las cuestiones relativas a la distribución de los bienes partibles, que la articulación de las objeciones propuestas ante el Juez, y la facultad oficiosa judicial para aprobar o improbar una partición, al margen del incidente legal de objeciones, sólo es procedente y aceptable cuando en la partición están interesados menores, pero en manera alguna cuando los coasignatarios, por ser personas completamente capaces, pueden acordar unánime y legítimamente lo que quieran, a un lado de las reglas legales sobre partición de la herencia. (Casación Civil. Agosto 28 de 1952. Tomo LXXIII. Nº 2118).....87, 2ª

- 177 -

PARTICION (Cuándo pueden presentarse objeciones al trabajo de partición)

Tomando en cuenta lo estatuído en los artículos 964 y 965 del Código Judicial, la Corte ha sostenido en tradicional jurisprudencia que el incidente de objeciones a la partición en juicio sucesorio no tiene cabida sino cuando el partidor presenta por primera vez su trabajo y que reformada la cuenta como consecuencia de objeciones que tuvieron éxito total o parcialmente, la misión del Juez se limita a verificar si la reforma encuadra dentro de las pautas que se le señalaron al partidor en el fallo admisorio de las objeciones y que cuando encuentra que ella se verificó "en los términos ordenados", debe aprobarla, sin necesidad de nuevo traslado a los interesados, pues ya a éstos se les brindó y tuvieron la oportunidad de ejercer sus derechos.

Pero a la Sala le resulta indudable que esa jurisprudencia es inaplicable en casos como el de autos, en que en verdad no se trata de una partición reformada o rehecha, sino de la primera y única partición material practicada en el juicio, que es esencialmente distinta de la que inicialmente se presentó, que fue verificada **ad-valorem**, y en la cual la comunidad herencial se reemplazaba apenas con una nueva comunidad. (Casación Civil. Octubre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....353, 1ª y 2ª

- 178 -

PARTIDAS ECLESIASTICAS (La justicia civil no puede decidir si adolecen o no, de defectos)

No les es permitido a los funcionarios del orden judicial entrar a averiguar si una partida eclesiástica relativa al estado civil, llena las formalidades prescritas por la ley canónica, porque éso sería invadir jurisdicción ajena; ni menos si un matrimonio ha sido celebrado con el lleno de las formalidades canónicas, porque ambas legislaciones, la civil y la eclesiástica son independientes, constitucionalmente hablando, y la una no puede inmiscuírse en el círculo de la otra. Reconocida la validez del matrimonio católico y asimiladas las partidas eclesiásticas a actas del estado civil, la presunción de que esas partidas están de acuerdo con las leyes canónicas y que los actos que éllas testifican han sido ajustados con el pleno de esas leyes, las cobija, mientras no se demuestre su falsedad. Y si esas partidas adolecen de algún defecto, o si el acto que éllas acreditan no se celebró de acuerdo con las leyes canónicas, es a la Iglesia a quien toca decidir esos puntos por medio de la justicia pero no a los tribunales civiles. (Casación Civil.

Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....170, 2ª y 171, 1ª

- 179 -

PENAS (Sustitución de)

La sustitución de penas que regula el artículo 60 del Código Penal —muy distinta a la de la antigua ley, cuya concesión a los sentenciados era privativa de los Gobernadores— compete hoy a los falladores de instancia en el momento procesal de aplicar las sanciones, es decir, en el de fijar la pena en la sentencia. (Casación Penal. Octubre 4 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120), 478, 2ª

- 180 -

PENAS (Sustitución de)

El artículo 60 del Código Penal sólo es aplicable a casos en que, por la existencia de una circunstancia modificadora, como la del artículo 28 por ejemplo, reduzca la pena a un límite inferior al fijado en el artículo 45 de la ley penal, ya que, en el caso de delitos conexos sancionados con penas de diversa especie la norma de los artículos 31 y 33 excluye la aplicación del artículo 60. (Casación Penal. Octubre 4 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ...479, 1ª y 2ª

- 181 -

PERITAZGO

Es evidente que sobre un mismo punto, tan sólo puede pedirse dictamen de peritos una vez en cada instancia, pero esta limitación para exigir la intervención de expertos, no impide que el Juez, de oficio, pueda en el caso contemplado en el artículo 721 del C. J., valerse de otro examen pericial, en los casos en tal precepto contemplados (art. 718 del C. J.). (Casación Civil. Septiembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 259, 1ª

- 182 -

PERITAZGO

La ley no dispone que el peritazgo que de oficio pueda decretar el Juez o Tribunal, en el caso señalado en el artículo 721 del C. J., ha de serlo dentro del término de prueba y efectuarse antes de la citación para sentencia, pues claramente se observa que se trata del caso especial a que se refiere el ordinal 4º del artículo 597. La ley le dá al Juez allí una amplia facultad, tanto para hacer la regulación que estime equitativa, separándose del dictamen o para decretar de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designa. (Casación Civil. Septiembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ...259, 1ª y 2ª

- 183 -

PERITAZGO

No es admisible identificar el mérito probatorio de una estimación pericial, con el dictamen mismo, para de la descalificación del primero, deducir la inobservancia de la formalidad del avalúo, que debe preceder a la subasta, y con élla, la consiguiente violación de la ley que previene dicho requisito.

El dictamen como prueba, se perfecciona formalmente, dentro del juicio en que se practica; es allí donde al ponerse en su conocimiento, pueden las partes objetarlo por "error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción", y obtener como consecuencia la práctica de otro nuevo si se declara probada la objeción. Precluída tal oportunidad, la prueba queda perfeccionada y el Juez en condiciones de apreciarla, de acuerdo con los principios que gobiernan su valor. (Casación Ci-

vil. Noviembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 637, 1ª

- 184 -

PERITAZGO

El dictamen de los peritos, cuando él es explicado, uniforme y debidamente fundamentado, hace plena prueba, sin que se requiera para el valor de esa probanza la determinación de la cabida del fundo, cuando los límites de éste son naturales. (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 669, 1ª

- 185 -

PERITAZGO

A los litigantes les asiste la facultad de pedir, una vez en cada instancia, el dictamen de expertos sobre un mismo punto o cuestión (artículo 718 del C. J.), pero, en presencia de dos dictámenes periciales, producidos ambos con la plenitud de las formalidades de rigor el Juzgador no queda legalmente obligado o decidirse por el primero o por el últimamente practicado, por la sola circunstancia de que lo haya sido en ejercicio de aquella facultad y de que aparezca explicado y fundado, pues él, aún en tales casos, conserva la plenitud de las atribuciones que le otorga la ley para escoger entre los dos el que a su juicio resulte verdadera y debidamente fundamentado, o para desecharlos ambos si llega a estimar que carecen de debida fundamentación. Doctrina aplicable o que se extiende a la prueba de inspección ocular, en su caso. (Casación Civil. Noviembre 14 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 669, 1ª y 2ª

- 186 -

PERITAZGO (Su valor probatorio)

No se puede aceptar la tesis absoluta de que un concepto uniforme de especialistas ata al juzgador de manera irrevocable, porque en él no quepa objeción alguna. Desde luégo que el art. 722 del C. J. advierte que lo expuesto por los peritos no debe dejar duda, diciendo está que sobre el peritazgo puede hacer examen el juzgador y puede objetarlo; porque, ¿ante quién no debe dejar duda el examen de los especialistas? Ante el Juez, de quien éstos son auxiliares. (Casación Civil. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 782, 1ª

- 187 -

PERITAZGO (Valor del practicado fuera del juicio)

Como lo ha dicho la Corte, los conceptos técnicos de expertos producidos en otro juicio, no son prueba legal de peritos sino peritaciones extrajudiciales, cuya apreciación se hace en consonancia con los principios generales de la equidad (G. J., Tomo LXIV. pág. 404. (Casación Civil. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 783, 1ª

- 188 -

PERITOS

A los peritos no les es dado sacar concluciones en derecho, porque éllo corresponde a los jueces. (Casación Civil. Diciembre 16 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 787, 2ª

- 189 -

PERJUICIOS (Presunción de culpabilidad)

Como lo ha dicho la Corte: "no hay que perder de vista que la presunción, en tales

casos (los de actividades peligrosas, es sólo de culpabilidad, es decir, que al damnificado le corresponde demostrar plenamente el hecho perjudicial y la relación de causalidad entre éste y el daño que originó, los cuales no se presumen; probando que el hecho ocurrió y que produjo el perjuicio, la culpabilidad del agente directo o indirecto, que lo hace responsable civilmente queda establecida por presunción legal que él debería destruír, si quiere liberarse". (Casación de 10 de junio de 1952. Ramona Pitalúa contra el Municipio de Cartagena. G. J. números 2116 y 2117). (Casación Civil. Septiembre 11 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120), 221, 1ª

- 190 -

PERJUICIOS

La solicitud que se formule en la demanda par que, en caso de oposición, se condene al demandado a pagar las costas del juicio, no equivale a ejercer una acción indemnizatoria de perjuicios. (Negocios Generales. Octubre 15 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 546, 2ª

- 191 -

PERJUICIOS

Puede decirse que DAÑO es todo menoscabo que una persona experimentada por el hecho ilícito de otra. Pero basta saber que los intereses jurídicamente protegidos son no solamente de orden material, sino también de orden moral, para que se admita la división y distinción en daños patrimoniales o materiales y en daños extrapatrimoniales o morales. Por eso Alessandri Ridríguez define el daño como "todo detrimento, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor crédito, afectos, creencias, etc. El daño —prosigue— supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo".

La naturaleza misma de las cosas requiere, pues, distinguir los daños materiales de los morales, y para los efectos de un fallo judicial se hace indispensable hacer la diferencia entre unos y otros, pues la precisión y fijeza de las declaraciones judiciales es elemento esencial de la equidad que debe precidirlas.

Desde luego, es preciso admitir también que los daños morales se traducen algunas veces en detrimento o perjuicio económico, como sucede en el menoscabo que un profesional o un comerciante sufren en su honor o reputación y que puede disminuír sus entradas de dinero o en la depresión que un dolor moral ocasiona y que disminuye la productividad del que lo padece.

Mas, para lo que aquí interesa, ha de concluírse que los gastos de crianza, sostenimiento y educación de una persona, si resultan indemnizables por concepto de perjuicios, no lo serán a título de daños morales, sino simplemente de daños materiales, puesto que serían expensas o gastos apreciables en dinero, más en concreto, un verdadero daño emergente. (Negocios Generales. Diciembre 4 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....903, 1ª y 2ª

- 192 -

PERJUICIO FUTURO

No puede hablarse de daños o perjuicios futuros pero ciertos, en tratándose de situaciones que dependen de la voluntad de una persona y de otras circunstancias contingentes. (Negocios Generales. Diciembre 4 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122), 904, 2ª

- 193 -

PERJUICIOS MORALES

No hay necesidad de acreditar que se han experimentado perjuicios morales por la muerte de un hijo, porque deben presumirse sin necesidad de prueba especial. (Negocios Generales. Septiembre 20 de 1952. T. LXXIII Nos. 2119 y 2120) 511, 2ª

- 194 -

PERJUICIO MORAL SUBJETIVO

Como calcular el daño moral subjetivo es imposible y como no se trata de reparar con bienes materiales el sufrimiento del alma, sino de proporcionar una satisfacción, la Corte se ha atenido a lo que en lo penal se dispone para cuando no sea "fácil o posible avaluar pecuniariamente el daño moral causado por el delito", ocurrencia en la cual ordena el artículo 95 del código de la materia, fijar prudencialmente una indemnización que pueda valer "hasta la suma de dos mil pesos". Con lo cual, cumple con el principio de hermenéutica de aplicar un precepto que regula casos o materias semejantes, como lo estatuye el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 para los eventos en que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, como sucede en este particular.

El citado artículo 95 no habla sino de "daño moral", sin distinguir. Pero como generalmente el que no es fácil o posible avaluar pecuniariamente es el meramente subjetivo, puesto que el objetivo se vincula casi siempre a detrimento económico, la Corte ha hallado en el precepto que se comenta, la pauta de fijación para aquel daño, y no encuentra la Sala argumento valedero para cambiar esa ya uniforme doctrina. (Negocios Generales. Diciembre 4 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....903, 2ª y 904, 1ª

- 195 -

PETICION ANTES DE TIEMPO

No existiendo la oportunidad de proferir un fallo de fondo porque falta el cumplimiento de la condición prevista por la ley para que la declaración que se demanda pueda hacerse, es preciso reconocer como excepción perentoria temporal, la de petición antes de tiempo. (Negocios Generales. Octubre 23 de 1952. T. LXXIII. Nos 2119 y 2120) 573, 2ª

- 196 -

PETICION DE MODO INDEBIDO
Excepción de)

Como lo expuso la Corte, en sentencia de Casación Civil de 15 de marzo de 1949 (G. J., números 2070 y 2071, pág. 614), nuestra legislación no consagra la excepción de petición de modo indebido, a que se refería el Código Judicial anterior. Así, pues, hoy podría emplearse técnicamente esa expresión sólo en el caso de acudir a vías procesales inadecuadas, como lo establecía el Código antiguo. La aludida denominación no es procedente cuando se trata de carencia de personería sustantiva, de falta de pruebas o de derecho, o cuando se demanda a persona distinta de la obligada. (Casación Civil. Octubre 20 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 373, 2ª

- 197 -

PETROLEOS

El objeto del fallo definitivo que ha de proferir ahora la Corte es el de decidir si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentra en los terrenos materia de las oposiciones sobre la base de que "es

de propiedad privada 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 cualquier otra causa legal" (artículo 10 de la Ley 160 de 1936).

De esta suerte, dos cuestiones fundamentales deben comprobarse: el otorgamiento de un título originario anterior al 28 de octubre de 1873, en que se estableció la reserva petrolífera del subsuelo, en favor del Estado; y la identificación adecuada del inmueble sobre cuyo subsuelo se alega dominio privado, a efecto de comprobar la superposición del lote de la propuesta sobre el que dichos títulos amparan. (Negocios Generales. Agosto 25 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) ..... 143, 2ª y 144, 1ª

- 198 -

PETROLEOS

Los requisitos legales para que se declare como de propiedad privada un terreno petrolífero, son:

a) Título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873;

b) Títulos que acrediten la propiedad del terreno;

c) Determinación precisa del globo de terreno. (Negocios Generales. Octubre 6 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 538, 1ª

- 199 -

PETROLEOS

Dentro de la legislación de petróleos, las decisiones sobre la propiedad privada de los mismos sólo son oportunas o procedentes, en el caso de propuestas, cuando existe superposición del terreno del particular en el área del terreno de la propuesta. Y esto, porque lo que se busca es que el petróleo del particular se excluya de la propuesta o de la concesión contratada. En otros términos la ley ha querido que las controversias sobre petróleos, en el caso de propuestas, estén sujetas al evento ya dicho de la superposición.

En efecto, al decir el inciso segundo del artículo 5° de la Ley 160 de 1936 que "toda persona puede oponerse al contrato propuesto" por otra para explorar y explotar petróleos de propiedad nacional, es preciso entender que el predio del opositor debe estar comprendido dentro de la propuesta, porque el fallo debe resolver "si es del Estado o de propiedad privada el petróleo que se encuentre en los terrenos materia de la oposición", según lo expresa el artículo 10 del Decreto número 10 de 1950.

Iguales circunstancias se contemplan en casos en que el "presunto dueño del petróleo" no hubiere hecho oposición, ocurrencia en la cual "le quedará el derecho de demandar" a la Nación, en juicio ordinario, ante esta Sala de la Corte, para que se decida igualmente si es de propiedad privada o es del Estado el petróleo que se encuentre en los terrenos del demandante, como se establece en el inciso primero del citado artículo (Negocios Generales. Octubre 23 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 573, 1ª

- 200 -

POSESION NOTORIA DE ESTADO CIVIL

El texto clarísimo de los artículos 6° de la Ley 45 de 1936 y 398 del C. C., que por disposición del 7° de la citada ley, es aplicable al caso de filiación natural demuestra, como lo tiene admitido la jurisprudencia, que "no basta... dentro del conjunto de exigencias legales, demostrar el tratamiento de padre y madre con el hijo y la fama, para tener por establecido el estado civil de que se trata: se requiere, además, establecer (sic) con

el mismo mérito probatorio, que los hechos en que consiste la posesión han durado diez años contínuos por lo menos, que es el término mínimo en que la ley presume que pueda formarse de manera aceptable, la fama pública...". (Sentencia de 21 de agosto de 1942). Por éllo, no es aceptable la tesis sostenida por el recurrente, de que el término de diez años señalado como minímum para la duración de los actos constitutivos, pueda reducirse cuando físicamente se hizo imposible el transcurso de aquél, y menos aún para casos en que, como el de que aquí se trata, ese defecto obedeció a la simple consideración de no haberlos querido ejecutar el pretendido padre en la oportunidad debida: "Cuando el sentido de la ley sea claro dice el artículo 27 del C. C. no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"; y es claro que al señalar el artículo 398 un término de diez años contínuos, por lo menos, para que la posesión notoria proceda como prueba legal de un estado civil, no cabe leerse y entenderse que en alguna circunstancia ese término pueda ser menor. (Casación Civil. Noviembre 13 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 656, 1ª

- 201 -

PRESCRIPCION

La prescripción ordinaria de bienes raíces requiere, entre otras condiciones, que se trate de cosas prescriptibles, que se hubiere ejercido la posesión regular de éstas y que esa posesión haya sido ininterrumpida durante un lapso de diez años, y como la posesión regular es la que procede del justo título y ha sido adquirida de buena fé, se requiere además: 1° La existencia de justo título, ya sea constitutivo o traslaticio de dominio, y siendo uno de esta última especie, es necesario también la tradición de la cosa, lo que cuando se trata de inmuebles, sólo se realiza plenamente con el registro del título y con la entrega material de la cosa por lo cual, en tratándose de esta clase de bienes, para la prescripción ordinaria es de rigor la concurrencia de la posesión inscrita y de la material; 2° La existencia de la buena fe, que, por lo general, se presume, aunque apenas concurra en el momento de adquirir la posesión. (Casación Civil. Diciembre 4 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 743, 1ª

- 202 -

PRESUNCION DE CULPABILIDAD

No es correcta la apreciación del Tribunal cuando dice que el artículo 2356 del Código Civil se refiere únicamente a los daños ocasionados por cosas o cuerpos inanimados, porque también comprende los casos en que el perjuicio se produzca por acción directa de una persona en desempeño de actividades peligrosas. (Casación Civil. Noviembre 10 de 1952. T. LXXXIII. Nos. 2121 y 2122)... 649, 1ª

- 203 -

PREVARICATO

Aunque la conducta del Juez acusado no se ciñe estrictamente a las normas positivas del derecho colombiano, y sus actuaciones tienen una apariencia delictuosa, por el aspecto externo; sin embargo, la acción subjetiva no aparece informada en un propósito dañado de perjudicar a una de las partes en el cuestionado litigio. Todo indica que el funcionario procedió con error, y éste es inconciliable con el dolo que requieren el prevaricato y el abuso de autoridad previsto por el artículo 171 del Código Penal. (Casación

Penal. Octubre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 490, 2ª

- 204 -

PROCURADOR

Es claro que el Procurador General de la Nación no puede por su cuenta elegir la acción que haya de intentar, ni mucho menos separarse de las instrucciones del Gobierno y elegir acción distinta de la que se le haya señalado. Mas no resulta admisible que el Gobierno no pueda facultarlo porque escoja o elija la vía procesal más conveniente para los intereses del Estado. (Negocios Generales. Octubre 27 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120) 575, 1ª

- 205 -

PRUEBAS (Libre apreciación del Juez en materia penal)

La libre convicción del Juez —dice el procesalista Vannini— no debe entenderse en el modo sentimental de una "voz pura del espíritu" que tranquiliza la conciencia del Juez mismo, sino como libre y lógica apreciación de efectivos elementos de prueba, aunque ésta consistiera en la exclusiva pero seria confesión del procesado, en las solas declaraciones del querellante o en la de un sólo testigo. (Casación Penal. Agosto 8 de 1952. T. LXXIII. N° 2118) 100, 2ª

- 206 -

PRUEBAS (Su apreciación en lo penal)

No es lícito buscar normas del procedimiento civil para complementar los principios que informan la prueba en materia penal, que fué totalmente reglamentada en el código respectivo, o sea la Ley 94 de 1938. (Casación Penal. Octubre 21 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 501, 1ª

— R —

- 207 -

REBELION

El artículo 139 del Código Penal contempla dos modalidades en las notas esenciales del delito de rebelión, a saber: que el alzamiento en armas se encamine a "derrocar el Gobierno Nacional, legalmente constituído"; o a "cambiar o suspender, en todo o en parte, el régimen constitucional existente". Es decir, que el delito se perfecciona cuando la acción en armas de los rebeldes se dirija a una cualquiera de esas dos finalidades. En una palabra, no se necesita —para la consumación del ilícito— que los agentes procedan con doble finalidad: derrocar al Gobierno Nacional y cambiar el régimen constitucional existente. (Casación Penal. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 814, 1ª

- 208 -

RECUSACION (De Jueces por demoras)

Si los artículos 1° del Decreto 3346 de 1950 y 5° del Decreto-ley número 0243 de 1951 no establecieron el recurso de apelación para las acciones de recusación por éllos creadas en orden a hacer más eficaz y rápida la administración de justicia, y, muy al contrario, señalaron un grado especial de jurisdicción para desatarlas, ha de concluírse necesariamente que a estos incidentes no son aplicables por analogía los preceptos comunes, por los cuales se rigen los casos de recusación en los procesos judiciales, y por ende, que los incidentes promovidos con base en el precitado artículo 1° del Decreto número 3346 de

1950, carecen del grado de revisión. (Negocios Generales. Octubre 6 de 1952. T. LXXIII Nos. 2119 y 2120) 541, 2ª

- 209 -

RECUSACION

De acuerdo con el inciso 2º del artículo 76 del Código de Procedimiento Penal, quien recusa, además de exponer los motivos de la recusación, debe acompañar las pruebas en que se fundamenten esos motivos, toda vez que ésta no puede surgir de las propias aseveraciones de quien hace uso de esa facultad, sino de otros elementos mediante los cuales se pueda apreciar en forma imparcial la existencia del hecho que determina el impedimento. (Casación Penal. Noviembre 25 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 806, 1ª

- 210 -

REGISTRO (De patentes de invención)

Para hacer efectivos los derechos que las leyes otorgan al favorecido con el privilegio que entraña una patente de invención, para obtener la garantía de su explotación, se requiere ante todo la presentación del título que acredite la propiedad, el cual ha de llenar las exigencias señaladas por las leyes en la materia.

Según el artículo 20 de la Ley 31 de 1925, en el Ministerio del ramo se llevará un Libro de registro o anotación de patentes de invención, en el cual se transcribirán todas las que se expidan y las renovaciones o traslados que de éllas se hagan.

Es regla general de nuestro derecho probatorio que el instrumento o título que debiendo ser registrado, no lo haya sido, no presta mérito ante ninguna autoridad (artículo 2652, inciso 9º y artículo 2673 del C. C.). Que para ser estimado como prueba, se presenta en copia con la nota correspondiente de registro de la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

En consecuencia, cuando una persona pretenda demostrar su derecho de inventor ante cualquiera autoridad, debe acompañar copia de la patente, con la nota de haberse hecho el registro tanto en el Libro del Ministerio del ramo (artículos 20, 22, 23 y 28 de la Ley 31 de 1925), como en el Libro de la Oficina de Registro de Bogotá, lugar donde se dicta la providencia que concede la respectiva patente de invención. (Casación Civil. Agosto 29 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118).....92, 2ª

- 211 -

REINVINDICACION

Es casable la sentencia que condena a los demandados en juicio reinvindicatorio a la restitución del terreno demandado como cosa singular, habiendo constancia en autos que cada uno de éllos posee como dueño una parte determinada del terreno por linderos especiales, diferentes de los del predio a que se refiere la demanda. Tal fallo es violatorio de la ley por errónea interpretación de las pruebas. (Casación de 4 de julio de 1923, G. J. Tomo 30, página 98).

"Cuando son varios los demandados en juicio reinvindicatorio y diferentes los lotes que cada uno retiene por separado sin vínculo de comunidad, es inepta la demanda que no expresa los linderos o delimitación de la porción o porciones de tierras que se pretenden reinvindicar; no basta alegar que esas porciones forman todas un cuerpo cierto que hace parte del globo de tierra del demandante cuyos linderos se expresan". (Casación de 4 de agosto de 1926, G. J., T. 33, pág. 117). (Casación Civil. Agosto 26 de 1952. Tomo LXXIII. Nº 2118) .....71, 1ª y 2ª

- 212 -

REINVINDICACION (No lo son las acciones restitutorias de simple tenencia)

Las acciones de restitución de simple tenencia no son reinvindicatorias porque para configurar una acción de esta índole es necesario que el actor se pretenda dueño y pida la restitución de la posesión, o sea, de la tenencia con ánimo de señor y dueño. Por eso, cuando se trata de una acción de restitución de simple tenencia, es improcendente en estas circunstancias exigir la prueba del dominio del demandante sobre el inmueble o edificación. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .. 180, 2ª

- 213 -

REIVINDICACION (Valor probatorio de hijuelas)

Las hijuelas de adjudicación en juicios sucesorios, en general, no constituyen por sí solas suficiente título de dominio que dé derecho para reivindicar el inmueble adjudicado, sino cuando se pruebe que en el causante de la sucesión radicaba tal derecho. (Casación Civil. Septiembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 188, 2ª

- 214 -

REIVINDICACION

"Piensa la Sala que la destinación para un uso u obra pública no confiere la propiedad al Estado, pues no es modo ni título de adquirir él dominio de los señalados por la ley a ese efecto. Si de otra suerte fuera, el Estado podría apoderarse de un bien, sin reclamo posible de particulares, con sólo destinarlo para el uso público, lo que resulta inadmisible.

"Además la circunstancia de que por razones de interés general no pueda ordenarse la restitución o entrega del bien al demandante, no quiere decir que no se halle consagrada en la ley civil la acción correspondiente para obtener el pago de su valor, acción que también se halla dentro del título de la reivindicación y que la Sala ha declarado viable en casos similares." (Sentencia de la Sala de Negocios Generales, julio 15 de 1952). (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 531, 2ª y 532, 1ª

- 215 -

REIVINDICACION

Cuando se demanda la nulidad de un acto o contrato, es obvio que el correspondiente pronunciamiento sólo puede hacerse con audiencia de todas las partes o sujetos de éllos; pero cuando el propietario reivindica contra el poseedor que le opone un título de dominio emanado de tercera persona que no tenía el carácter de dueño cuando lo otorgó, o un remate en juicio ejecutivo seguido contra quien no era propietario del bien subastado, entonces el demandante no necesita pedir la nulidad de esa venta de cosa ajena o de ese remate, y ni siquiera es pertinente impetrarla, de acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil; a él le basta hacer valer su propio título, pues el exhibido por el demandado no le es oponible ni puede producir efectos en su contra. Es decir, si se exceptúa el desconocimiento del título aducido como prueba de la excepción perentoria opuesta por el demandado para destruír la acción que contra él se ejercita con fundamento en títulos efectivos de dominio, el fallo, en realidad no se pronuncia contra esa venta o remate de cosa ajena.

Significa lo expuesto, que el propietario puede perfectamente reivindicar en forma directa contra el poseedor demandado, sin que necesite impetrar declaración alguna contra el título de éste, emanado de un tercero que ningún derecho pudo transferirle. Y como los legítimos derechos de dueño no sufren menoscabo con la enajenación que de un bien suyo haga un tercero, aquél tampoco necesita ejercitar su acción contra ese vendedor de cosa ajena, ni contra la venta forzada y el rematante, en el caso que se estudia. Esa venta o ese remate le son indiferentes. Y si el demandado le opone sus títulos al reivindicante, como recurso encaminado a desvirtuar el derecho que funda la acción, éste simplemente los desconoce por no emanar de él ni de un antecesor en el dominio del bien, sino de tercero que nada pudo transferir y en nada pudo perjudicarlo. (Casación Civil. Octubre 20 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 374, 2ª

- 216 -

REIVINDICACION (De bienes de sociedad conyugal ilíquida)

Cuando la sociedad conyugal se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, surgen automáticamente dos comunidades, que deben liquidarse. Sería inadecuado entrar en la liquidación de la una, antes que en la de la otra. Y si se optara por esto, habría que principiar por la liquidación de la sociedad conyugal porque lo que en ésta ha de pertenecer a los herederos del cónyuge muerto, habría que llevarlo al haber de la sucesión. Mas, sin que haya regla legal al respecto, la jurisprudencia y la doctrina tienen aceptado que a un mismo tiempo pueden realizarse las dos liquidaciones, por una economía procesal y por un orden lógico en la distribución de los haberes. De aquí que la ley admita la simultaneidad de las dos liquidaciones, y disponga que en el momento de los inventarios se denuncien separadamente los bienes propios de la sociedad conyugal, diferenciándolos de los de la sucesión (artículo 939 del C. J.), y dé reglas sobre las deudas de la sociedad y sobre las deudas de la sucesión (artículo 941 del C. J.). En el caso contemplado, se trataría de una confusión de patrimonios, y de acuerdo con el artículo 1398 del Código Civil. es preciso, como cuestión previa, hacer separación de esos patrimonios, Y es porque, como lo ha dicho la Corte, "los bienes de las sociedades conyugales no se adquieren DE HECHO por los socios de éllas o sea por la simple disolución de tales sociedades; ni los bienes de las sucesiones se adquieren DE HECHO, tampoco, por los herederos, o sea por la simple muerte de los que originan la sucesión. En uno y otro caso continúan perteneciendo los bienes a la sociedad conyugal o a la sucesión, según el caso, hasta que se cumpla la tradición, que no se opera sino en las adjudicaciones, en una sentencia y el registro de una y otra". (G. J. Tomo 38).

Por eso, como también lo dijo la Corte: "Los herederos del cónyuge difunto no pueden reivindicar para sí sino para la sociedad conyugal, los bienes raíces que adquirió el causante durante el matrimonio. Si no reivindican para la sociedad conyugal, la acción es improcedente, pues mientras no se haya liquidado y partido ésta, no puede decirse que tales bienes pertenecen al cónyuge sobreviviente y a los hijos del finado particularmente. (Casación Civil. Octubre 23 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .....
402, 1ª y 2ª

- 217 -

REIVINDICACION (De mejoras en baldíos)

Si el adjudicatario de un baldío o un tercero cualquiera, que para estos efectos es lo mismo se apodera ilegalmente de las mejo-

ras del colono y de la tierra en que se hallan plantadas, ese colono o cultivador del baldío tiene acción reivindicatoria para que se le restituya la posesión de sus mejoras y cultivos. De no ser así, habría que admitir que al adjudicatario del globo general dentro del cual se encuentran las mejoras aludidas, se le transmite el dominio del lote explotado por el colono, quedando éste en imposibilidad de hacer efectivos los derechos que la ley le otorga. En tan extraño supuesto, no tendrían razón de ser los artículos 47 del Código Fiscal y 10 de la Ley 71 de 1917, pues quedaría a voluntad del adjudicatario cumplir o nó con los mandatos de las Leyes 45 y 71 de 1917.

Por otra parte, al tenor del art. 947 del C. Civil, "pueden reivindicarse las cosas corporales, raíces y muebles". Luego los cultivos, casa de habitación y mejoras en general, puestas en terrenos baldíos pueden ser objeto de esta acción, en su calidad de bienes corporales inmuebles por adhesión conforme a los arts. 656 y 657 del mismo Código Civil. (Casación Civil. Octubre 31 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 334, 1ª

- 218 -

REIVINDICACION

Cuando el lote de terreno que demanda el actor en acción reivindicatoria contra el poseedor, hace parte de otro mayor que pertenece en su totalidad al demandante, nada impide que éste solicite como primera petición de la demanda la declaración de ser dueño de todo el globo de tierra. Tal declaración entraña una acción petitoria, o más bien, un hecho fundamental necesario para reclamar la entrega de la porción poseída. La acción reivindicatoria no recae sino sobre este lote. sobre él versa exclusivamente la petición de entrega en razón de estar los demandados en posesión de él y pertenecer al demandante todo el globo.

Así lo expresó también la Sala de Casación Civil (G. J., Tomo XXXV, pág. 298), reproducida por la Sala de Negocios Generales en auto de 30 de agosto de 1952. (Negocios Generales. Noviembre 21 de 1952. T. LXXIII Nos. 2121 y 2122) 877, 1ª

- 219 -

REIVINDICACION (Prueba del dominio sobre inmuebles).

"Por regla general, para acreditar los actos y contratos sujetos a la solemnidad de la escritura pública, es bastante la presentación del correspondiente instrumento, en copia con nota de haberse hecho el registro en la forma debida; pero existen casos en que la ley exige además de la presentación de este título registrado se acredite su suficiencia, como sucede, entre otros, en los contemplados en los arts. 968, 1135 y 1189 del C. J. Esta forma de acreditar el dominio, que como se vé es solamente sumaria, procede legalmente cuando es necesario demostrar la propiedad en juicio en que ese derecho no es el objeto de la controversia; por ejemplo, para reclamar la indemnización y pago en casos de expropiación de una propiedad, cuya titularidad queda así suficientemente acreditada, o para iniciar una acción de deslinde o una divisoria de bienes comunes, o para demandar el desembargo en el caso del art. 1008 del C. J., o para acreditar la solvencia de un fiador. Pero no es ley exigir que se acredite la suficiencia del título en juicio de reivindicación, en los que no se trata de mostrar sumariamente el domonio, sino de justificar, con relación al demandado el derecho que tiene para que la cosa que éste posee, pase a poder del demandante, estableciendo probatoriamente, con una confrontación de títulos, una situación

jurídica más arreglada a derecho, como acontece en este caso en relación con los fenómenos operados por la reforma legislativa en el régimen de la sociedad conyugal". (Casación de 20 de mayo de 1949, Tomo LXVI, Nos. 2073 y 2074, pág. 83). (Casación Civil. Diciembre 4 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....741, 1ª y 2ª

- 220 -

REIVINDICACION

La doctrina y la jurisprudencia consideran a la posesión material como un hecho generador de derechos a favor del poseedor; y entre éllos, estiman como fundamental el consagrado en el artículo 762 del Código Civil, que instituye la presunción de reputarlo dueño, mientras otra persona no demuestre serlo. Presunción que lo coloca en una situación procesal favorable, en cuanto que en los juicios en que se discuta la cosa poseída, actúa como demandado y es el demandante quien lleva la carga de la prueba, para demostrar su mejor derecho. Y en caso de concurrencia de elementos probatorios de igual convicción, el poseedor debe ser absuelto, en aplicación del principio: "'in pari causa, melior est conditio possidentis".

La Corte también ha sostenido que este principio no se quiebra cuando a la posesión material de un inmueble se enfrenta un título escriturario de origen posterior a esa posesión, y siempre que emane de fuentes distintas de donde deriva el demandante sus derechos. Porque, en tal caso, el título invocado no ha podido transmitir un derecho de propiedad de que carece el otorgante vendedor, derecho que, desde antes del título, radicaba en cabeza del poseedor, por virtud de la presunción legal de dueño.

Pero aquel principio sí sufre quiebra cuando, como en el presente caso, la posesión material invocada por el demandado, no es, en realidad, anterior al título presentado por el demandante. (Casación Civil. Diciembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 750, 2ª

- 221 -

REIVINDICACION

Las obligaciones que nacen a cargo del poseedor de buena fé, a virtud del éxito de la acción reivindicatoria, pueden ser reconocidas oficiosamente por el juzgador, y más cuando han sido objeto de peticiones en la demanda; y lo mismo puede afirmarse del derecho del poseedor de buena fé, tutelado por los arts. 965 y 966 del C. C., en cuanto hace con las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda; y el de retención de la misma cosa, hasta que el pago se verifique, o se le asegure a su satisfacción consagrado a favor del poseedor vencido, por el art. 970 del mismo estatuto. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1952. (T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122). 756, 2ª

- 222-

REIVINDICACION

La calidad de poseedor puede predicarse, como es obvio, no sólo respecto de una sola persona, sino de varias; pero en este último caso, para que el litis consorcio de la acción pueda válidamente constituírse, es indispensable que la posesión se ejercite en común, vale decir, por todos y sobre todo el bien que es materia de la acción reivindicatoria; porque si los actos posesorios se ejercen separadamente y sobre porciones distintas del bien de que el actor es o se pretende dueño, la condena judicial que respecto de la totalidad se hiciera contra los distintos poseedores,

conduciría al absurdo de imponer a éstos la obligación imposible de restituír una cosa que no tienen, supuesto que nunca la parte puede ser identificada con el todo, ni la singularización de ese todo puede, por consiguiente mirarse como la de cada una de las partes que lo componen. (Casación Civil. Diciembre 13 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 766, 1ª

- 223 -

REMATE (De cosa que no es del ejecutado)

No es correcto hablar de nulidad del remate o de la permuta, por recaer tales actos sobre un bien que no era de propiedad del cónyuge supérstite ni del permutante. El remate de cosa que no pertenece al ejecutado, equivale a una venta de cosa ajena. Y ésta no es nula en nuestro derecho, al tenor del artículo 1871 del Código Civil; simplemente no transfiere al comprador o rematante derechos que no pertenezcan al vendedor o ejecutado. Tampoco puede perjudicar los derechos del dueño, mientras no se extingan por el lapso de prescripción. (Casación Civil. Octubre 20 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 373, 2ª

-224 -

REMATE

Al establecer el art. 1037 del C. J., el requisito del aviso del remate por medio de carteles y por determinado número de días expresamente determinó que "En estos términos se incluyen los días de vacancia", o sea precisamente aquellos en que el Juzgado del conocimiento o el comisionado, en su caso, se hallan cerrados; luego no puede fundadamente sostenerse que el Tribunal hubiera interpretado erróneamente esta disposición al aplicarla a los carteles fijados en el Juzgado, pues que a más de que su contenido es general para todos los anuncios, carecería de sentido referirla solamente a los que se fijan en lugares públicos, cuando éstos, por serlo son accesibles en todo momento, independientemente del despacho o cierre del respectivo Juzgado. (Casación Civil. Noviembre 5 de 192. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....637, 2ª y 638, 1ª

- 225 -

REMATE (Nulidad de)

El remate, en cuanto sirve para efectuar una compraventa, es un acto jurídico, en que el Juez es el representante legal del tradente vendedor, y la diligencia respectiva, aprobada judicialmente, se equipara a escritura pública. Pero es también un acto de procedimiento, que como tal ha de sujetarse a las formalidades que la ley prescribe, tanto preparatorias o antecedentes como concomitantes a la licitación misma, o posteriores a élla.

Por la primera faz, es decir como acto jurídico, el remate se rige por los principios generales que gobiernan los actos y declaraciones de voluntad, y así, cuando de su nulidad se trate, habrán de buscarse los motivos de ésta en aquellos principios, cuya transgresión acarrea la invalidez del contrato. Por el otro aspecto, la nulidad del remate como actuación procesal es cuestión puramente adjetiva, y las causas que pueden determinarla están taxativamente previstas en el Código de Procedimiento. Allí se establece que la nulidad proveniente de la "falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes", una vez aprobado éste, "sólo puede alegarse en juicio distinto, con audiencia del rematante" (inciso 2º del artículo 457).

Como bien lo observa el Tribunal, en el presente negocio discútese la nulidad del remate por su aspecto adjetivo, según está expresado claramente en los hechos y súplicas de la demanda de suerte que a nada con-

duce invocar la violación de los artículos 1741 del C. C. y 2° de la Ley 50 de 1936 normas que se refieren sólo a la nulidad sustantiva, única que admite legalmente la calificación de absoluta o relativa. (Casación Civil. Noviembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 711, 1ª

- 226 -

REMATE

La fijación de los carteles con la anticipación exigida por la ley es requisito indispensable de la validez del remate, y lo es también la publicación del aviso en la prensa, si hay periódico en la localidad, pero aquella antelación no es necesaria para esto último pues basta que el anuncio se publique antes del día del remate. (Casación Civil. Noviembre 26 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 712, 1ª

- 227 -

REQUERIMIENTOS (**Incompetencia de la Corte y de los Tribunales para practicarlos**)

La Corte ha reconocido de manera uniforme que por cuanto las normas procedimentales sobre competencia le atribuyen de manera exclusiva a los Jueces de Circuito y a los Municipales, a prevención con aquéllos, la función relativa a la práctica de aquellas diligencias "en que no haya oposición de parte, o no tengan carácter de juicio, siempre que no estén atribuídas expresamente a otra autoridad", es de toda lógica que la Corte carece de competencia para conocer de tales actividades judiciales (artículos 112 y 119 del C. Judicial).

En idéntico caso se encuentra el Tribunal, ya que en ninguna de las atribuciones que le fija el artículo 79 del C. Judicial se halla comprendida la que se relaciona con la práctica de diligencias del carácter de la que aquí se trata, ni aún en el caso de que el requerimiento o la reconvención se dirijan contra la Nación o los Departamentos. (Negocios Generales. Agosto 13 de 1952. Tomo LXXIII. Nº 2118) .....131, 1ª y 2ª

- 228 -

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (**Análisis de la prueba de la culpa**)

En los asuntos de responsabilidad civil extracontractual, puede decirse que casi nunca es posible rendir la prueba simple; la prueba, en la mayor parte de los casos, es compuesta (combinación de pruebas simples insuficientes); por lo tanto, además del estudio aislado y detallado de cada uno de los medios de prueba incorporados al debate, se impone un examen de conjunto; estudio que debe hacerse con amplio criterio científico, de unificación y balanceo cuidadoso para eliminar los peligros de la interpretación exegética de las condiciones generales previstas por la ley formalmente para que cada medio de prueba sea eficaz por sí mismo; peligros tanto mayores cuando se trata del testimonio, expuesto siempre a elementos perturbadores muy difíciles de combatir. (Casación Civil. Octubre 2 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 299, 2ª

- 229 -

RESPONSABILIDAD CIVIL POR EL HECHO DE OTRO

La presunción de responsabilidad por el hecho de personas que dependen de otra, ya sea ésta natural o jurídica, está consagrada de manera perentoria en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que ordena que la responsabilidad que les pueda corresponder por el hecho o culpa de los agentes que están a

su cuidado, cesará si comprobaren que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho, lo que está pregonando que para que cese su responsabilidad, es necesario que esa persona se descargue probando la ausencia de culpa o, con mayor razón, que el daño producido por el agente, sirviente, artesano, hijo de familia discípulo, según los casos, se debió a fuerza mayor o caso fortuito o a un hecho extraño en el cual queda incluída la propia y exclusiva culpa de la víctima.

En el caso de autos, el Tribunal acogió como plena prueba para desvirtuar la responsabilidad indirecta de la entidad demandada, los autos de sobreseimiento definitivo proferidos por el Juzgado Primero Superior y el Tribunal Superior de Bogotá, en favor de Víctor Julio García, con motivo del mismo accidente a que se contrae este pleito. Al aceptar esa prueba y asignarle la virtualidad expresada, el sentenciador obró con indiscutible acierto, pues en tales fallos, que versaron sobre el fondo del asunto y después de examinar las probanzas recogidas, la justicia penal llegó a la conclusión perentoria de que "Víctor Julio García no tuvo culpabilidad en la muerte del señor Prieto Lesmes, por cuanto no estuvo en sus manos evitar el atropello del peatón que de manera intempestiva e imprudente se precipitó sobre la vía, siendo esta falta de previsión elemental en su obrar la causa determinante y única del accidente".

Esas decisiones que limpian de toda culpa la conducta del agente del Municipio y que en cambio atribuyen "únicamente a la imprudencia" de la víctima el acaecimiento del accidente tienen fuerza de cosa juzgada, erga omnes, y de consiguiente desvirtúan plenamente la responsabilidad civil indirecta que aquí se imputa al Municipio por razón del mismo suceso, pues tal responsabilidad cesa —como ya se dijo— cuando se comprueba, entre otras circunstancias, que el hecho se debió a la propia y exclusiva culpa de la víctima. (Casación Civil. Noviembre 5 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 626, 2ª

- 230 -

RESTITUCION DE TERMINOS (Por enfermedad de quien la solicita)

La enfermedad calificada de grave, a que se refiere el numeral 3° del artículo 370 del C. J., no puede ser otra sino aquella que ha imposibilitado a quien pide la restitución, para hacer uso del término que le fue concedido. Esa calificación, en principio y por regla general, entraña una cuestión científica, que sólo pueden resolver los facultativos, porque ellos son los habilitados técnicamente para emitir un dictamen o concepto sobre el particular, lo cual no excluye que en ciertas circunstancias pueda establecerse la gravedad de la enfermedad, por otros medios.

Pero en ambos casos dictamen de los facultativos, o a falta de éstos, otras pruebas, el hecho alegado, la enfermedad calificada de grave, debe acreditarse plenamente, de modo que el juzgador adquiera la plena convicción del hecho. No es, pues, cualquiera indisposición, cualquiera enfermedad, la que puede ser causa eficiente de la suspensión o de la restitución de los términos. Esos fenómenos no se operan sino mediante la comprobación de la existencia de una enfermedad calificada de grave, al tenor del numeral 3° ya citado. (Casación Civil. Agosto 26 de 1952. T. LXXIII. N° 2118) 73, 1ª

- 231 -

REVISION

Con la revisión alcanzada se quebranta el principio de la cosa juzgada, en el cual des-

cansa todo el orden jurídico y es garantía para la organización estatal y muy especialmente para los derechos ciudadanos. No es entonces cualquier prueba la que se necesita en tal caso, sino una prueba completa absoluta, sin duda alguna, clara, precisa, que lleve al ánimo del juzgador un convencimiento indudable sobre una realidad jurídica. (Casación Civil. Agosto 21 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) 40, 1ª

- 232 -

REVISION

Teniendo los demandantes a su alcance, por autorización expresa de la ley, la vía ordinaria para la revisión de la sentencia a que su demanda se concreta, es improcedente la que pretenden conseguir mediante el procedimiento del recurso extraordinario de que tratan los artículos 542 a 548 del C. J. (Casación Civil. Octubre 20 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....380, 1ª y 2ª

- 233 -

RIÑA

Al predicar el veredicto el hecho de la riña, fijó ya una pauta para aceptar un acto doloso, que no puede escapar a la represión, desde luego que excluye lo fortuito del mismo y desconoce la culpa. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 842, 1ª

- 234 -

RIÑA

La riña es "un acometimiento recíproco por vía de hecho, entre dos o más personas con la intención mutua de inferirse daño; es un cruce de golpes o violencias". De la anterior definición, que es unánime en la doctrina y en la jurisprudencia, se desprende esta premisa: no existe riña sin que al mismo tiempo se admita que medió entre los protagonistas del encuentro o lance personal, un propósito determinado, el de pelear y por este medio inferirse daño recíproco.

La riña, por lo mismo que es una acción ilícita especialmente cuando tiene el carácter de imprevista, única figura que en el estatuto represivo tiene relevancia penal, porque ya no existe, como sí sucedía en el Código de 1890, como delito per se, sino que es una circunstancia modificadora de la responsabilidad, implica la existencia de una lucha en que intervienen fuerzas opuestas que por medio de la violencia rechazan también la violencia de la contraparte. Se comprende así, por qué dicha figura es incompatible con la legítima defensa. Quien ejercita el derecho de defenderse legítimamente, no obra sino en circunstancias de tal naturaleza, que imposibilitan otro medio cualquiera de impedir la realización de un grave daño, que amenaza a quien hace uso de aquel derecho, en virtud del cual actúa en cumplimiento de un deber y su intención no va más allá de evitar ese daño, a cuyo efecto hace uso de los medios que considera más adecuados para repeler el injusto ataque de que es víctima. Por el contrario, quien acepta una riña, y en tal sentido esgrime un arma por el solo hecho de hacerlo está indicando que no puede pretender colocarse en circunstancias que perfilan los presupuestos legales que configuran la legítima defensa; o sea inminencia del peligro o necesidad de la defensa, actualidad de aquél, injusticia y proporcionalidad, todos los cuales no se encuentran en el caso de la riña, cuya existencia, por sí sola implica el interés de los adversarios en causarse recíproco daño y producir determinados efectos, que se traducen en una intención francamente antisocial y, por lo mismo, dolosa.

En cambio, la riña imprevista es compatible con otras especies de homicidio que le dan a este delito una modalidad específica. Nada se opone a que mediando riña imprevista se cometa un homicidio preterintencional: Puede darse el caso que quien sostiene con otro un altercado o pelea, dirija contra su adversario un golpe sólo con el propósito de causarle un daño en el cuerpo o en la salud, y a consecuencia de ello se produzca un resultado que sobrepase aquel propósito. El mismo texto legal que consagra el homicidio surgido de riña imprevista, admite la figura, puesto que el precepto que contiene no se refiere a una clase especial de homicidio, sino que lo hace extensivo a los delitos contra la vida y la integridad personal en sus especies de homicidio y lesiones personales, únicamente. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) .....842, 1ª y 2ª

- 235 -

ROBO (Prueba de la violencia)

Para establecer un delito de robo, en el que la violencia dá tal carácter al hecho, no es indispensable que se establezca con qué instrumentos o medios se detentó la propiedad ajena consumado aquel delito. Ello implicaría que de no descubrirse el objeto empleado para violentar las cosas sobre las que se empleó la fuerza, dicha circunstancia quedaría sin demostración, lo que es inaceptable. (Casación Penal. Octubre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....499, 2ª y 500, 1ª

— S —

- 236 -

SANCIONES DISCIPLINARIAS

El artículo 4° del Decreto 3665 de 1950 confiere al superior jerárquico del funcionario acusado competencia para decidir sólo sobre lo alegado y probado por el acusador.

En efecto, el artículo 4° citado preceptúa que el procedimiento para la imposición de cualquiera de las medidas disciplinarias de que trata el artículo 3° ibidem, puede ser de oficio; o a instancia del Departamento de Vigilancia Judicial del Ministerio de Justicia o del Agente del Ministerio Público o a petición de cualquier particular. Pero en este último caso —a diferencia de los anteriores— el primero de tales preceptos exige además que con la solicitud se presente la prueba sumaria de los hechos, o siquiera un principio de prueba por escrito, exigencia esta última, cuya finalidad no es otra que poner a cubierto contra infundadas acusaciones a los funcionarios o empleados a que el mismo Decreto se refiere.

De lo cual es forzoso concluir que a falta de aquella prueba o principio de prueba, no es posible dar curso a procesos de esta clase, así se trate de una acción pública, de procedimiento oficioso. (Sala Plena. Noviembre 28 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121-2122) .619, 1ª

- 237 -

SERVIDUMBRE (Cuando pesa sobre varios predios, no da lugar a comunidad entre ellos)

El Tribunal estimó que la relación que una servidumbre de acueducto establece entre el predio dominante y las distintas heredades sirvientes, es una misma e indivisible. Así, pues, son sujetos de esta relación, por una parte el dueño del predio dominante, y por la otra, formando un grupo inseparable y una especie de comunidad para tales efectos, los dueños de los fundos sirvientes. Fue guiado por tan equivocada manera de enjuiciar el asunto, como creyó indispensable la demanda conjunta de todos éstos para ventilar, de una vez y respecto de unos y otros,

los litigios que pudieran causarse con ocasión del acueducto o acequia.

Sin duda alguna es errónea la apreciación del Tribunal. El derecho de dominio que cada titular tiene sobre el fundo afectado por una servidumbre de acueducto, le dá acciones propias frente al dueño del predio dominante que ha de beneficiarse con la obra. Esto quiere decir que puede ejercerlas con independencia de los demás, gravados por la misma servidumbre. Las indemnizaciones, compensaciones y garantías que la ley dá a cada propietario de éstos, tienen su origen en el respectivo dominio y, como cualquier otro atributo que sea consecuencia de la propiedad, pueden ser reclamadas sin sujeción a terceros, por el correspondiente interesado.

El peso de una misma servidumbre sobre varios predios no implica en manera alguna que se forme una comunidad pasiva entre ellos, de modo que queden asociados, por razón de aquel gravamen, para el ejercicio de sus derechos y para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. La individualidad de cada predio se conserva intacta, pues no obstante que esa común servidumbre los coloca en situación semejante, en ningún caso llegá a determinar la formación entre ellos de un consorcio para la defensa extrajudicial o judicial de sus derechos y el ejercicio de las acciones que de éstos emanan.

La tesis del Tribunal equivale a decir que ninguno de los dueños de predios sirvientes puede transigir ni contratar separadamente con el propietario del dominante, respecto a la servidumbre y sus características y a las indemnizaciones a que haya lugar. Tesis insostenible, porque en cualquiera de estos casos cada interesado está ejercitando los derechos propios de su calidad de dueño, sea que lo haga en forma amigable y directa o por intermedio de los jueces competentes.

Igualmente, la proposición del Tribunal significa que ninguno de los dueños de predios sirvientes puede renunciar en forma aislada los derechos que la ley le dá para el pago de las zonas ocupadas, indemnizaciones, etc., porque haría imposible el ejercicio de los derechos de los demás; y, viceversa, indica que bastaría con que uno de ellos se negara a recurrir a la justicia en reclamación de esos derechos, para que todos se vieran en la necesidad de adoptar idéntica conducta. Así como salta a la vista lo inaceptable de tales suposiciones, surge patente el error del Tribunal al considerar ineptas las peticiones de la demanda, so pretexto de que han debido obrar en común todos los dueños de predios sirvientes gravados con el acueducto. (Casación Civil. Octubre 11 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120).....345, 2ª y 346, 1ª

- 238 -

SIMULACION (Interés para ejercer la correspondiente acción)

La fisonomía de una acción se determina por sus condiciones de ejercicio. La de simulación tiene como requisito indispensable para ponerla en movimiento: a) La titularidad de un derecho subjetivo existente, o la presencia de una relación jurídica amenazada por el acto o contrato aparente; y b) Que el derecho o la situación jurídica puedan ser afectados con la conservación del aparente. Todo lo cual puede resumirse en la determinación del interés jurídico, fundamento específico y fuente de legitimación de toda acción procesal.

En acciones de esta naturaleza, en las que la ley habla de interés jurídico para el ejercicio de la acción, tales principios sobre el interés se concreta 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 nor-

mas 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 éste 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 legitima su acción.

Tratándose de la simulación propiamente dicha, del ejercicio de su acción específica, tendiente, como se sabe, a que prevalezca el acto secreto sobre lo declarado por las partes en el público u ostensible, se ha dicho, con aplicación del principio general de que sin interés no hay acción, que puede ejercerla todo el que tenga interés jurídico en la declaración de simulación, entendiendo por tal el que resulta de la concurrencia de dos requisitos esenciales: que el demandante alegue un derecho propio y actual y de que es titular, y no una mera expectativa; y además, un perjuicio causado directamente por la conservación del acto simulado. Esto es, según frase muy comprensiva, "un interés protegido por la ley".

Por otra parte, la acción consagrada en el artículo 4º de 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 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.

Juicios aquéllos de la jurisprudencia, de donde ha de deducirse la conclusión de que quien ostenta un derecho con base en una de las situaciones o relaciones previstas en los ordinales del artículo 4° de la Ley 45 de 1936, conlleva el ejercicio de la acción de simulación, aún en el supuesto de discutirse judicialmente ese derecho, porque éste aun cuando discutido, no ha sido desconocido, y en tal virtud no ha perdido su eficacia. Y porque la acción de simulación, que en estos casos se hace depender de la declaración judicial o reconocimiento del estado civil de hijo natural, no tiene otro objeto o fin que garantizar e impedir que se consuma el daño o el perjuicio que amenaza las relaciones patrimoniales que nacen con la muerte del padre, con la apariencia creada por el acto o contrato simulado. Daño o perjuicio que puede llegar a ser irreparable al tiempo de producirse la declaración o reconocimiento por separado, si se exige este requisito previo el ejercicio de la acción de simulación, y que dejaría sin protección ni eficacia práctica alguna, por otra parte, los derechos que nacen o que son anexos al título de hijo natural. Más si se tiene en cuenta toda la posibilidad de la presencia de terceros adquirentes de buena fe de los bienes objeto del acto o contrato simulado y contra quienes no es oponible la futura declaración de simulación. (Casación Civil. Septiembre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ..... 212, 2ª y 213, 1ª

- 239 -

SIMULACION

Es cierto que los causahabientes de una de las partes de un contrato, tienen también la calidad de partes cuando ocupan su lugar y en su reemplazo ejercitan las acciones que ella hubiera podido promover en relación con dicho contrato. Por eso, cuando el heredero instaura la acción reivindicatoria para recuperar a favor de la sucesión un bien perdido

por el causante, está obrando como parte causahabiente de esa relación jurídica. Y en materia de simulación, cuando el causante celebra un acto público u ostensible simulado absolutamente, por el cual transfiere el dominio de un bien a otra persona, como ésta en realidad lo recibe en confianza, es un adquirente ficticio. Si el tradente simulador muere antes de iniciar acción contra el otro contrante para la recuperación de tal bien, el heredero que demanda a éste en representación de la sucesión, ocupa el lugar del causante, ejercita la acción que a él le correspondía. Identifica así su interés y el de la sucesión con el interés y la voluntad del causante, y es por lo tanto parte en el contrato. Como tal, pues, está obligado entonces a presentar uno de los tres medios de prueba mencionados, para triunfar en su empeño.

Pero cosa totalmente distinta ocurre cuando entre el causante —parte en un contrato simulado y el hedero, en su propio nombre o como representante de la sucesión, según ésta se haya liquidado o no—, en vez de existir esa identidad de intereses y voluntades, esa continuidad en su posición contractual, esa sustitución en la titularidad de la misma acción, lo que hay es una contraposición de intereses y una pugna de voluntades. Tal hipótesis aparece siempre que el acto acusado de simulación lo haya ejecutado el causante en fraude o en perjuicio de los derechos que la ley le otorga al heredero.

En tal evento, al impugnar éste el acto simulado, no está haciendo valer la voluntad real y el verdadero consentimiento del causante; por el contrario, está buscando la manera de destruírlos.

En este último caso, el heredero, entonces, no ejercita la acción que el causante hubiera podido y querido ejercitar, sino la acción que el primero hubiera podido enderezar contra el causante mismo, de existir la lesión a un derecho adquirido y no a una simple expectativa herencial en vida de aquél. Ya el heredero y el causante no forman la misma parte en defensa del mismo interés, sino partes contrarias con intereses opuestos. Naturalmente, la acción no debe dirigirla contra la sucesión, sino contra el adquirente ficticio, o sea la otra parte del contrato simulado, porque muerto el causante, el bien así sustraído a la herencia le pertenece a ésta, en el evento de triunfar la pretensión de simulación absoluta o la de simulación relativa adicionada con la de invalidez o ineficacia del contrato real y secreto.

Aparentemente, la sucesión y el heredero en su nombre, ocupan el lugar del causante y ejercitan la acción que a éste le hubiera correspondido. Pero, ahondando el problema, se encuentra que las diferencias sustanciales expuestas, dejan claramente al descubierto la muy distinta posición procesal y jurídico-material del heredero y el causante, que hacen imposible considerar a aquél como parte en ese contrato, realizado precisamente en su perjuicio y en menoscabo de sus derechos.

El mismo interés que tiene un acreedor lesionado por la venta del deudor simulada, es el del heredero en esta situación: también él ha sido defraudado por ese contrato ficticio, y de ahí que la situación probatoria en que se coloca, sea la de tercero, y no la de parte.

Pero hay otra razón más en defensa de esta tesis: si se exigiera la prueba de confesión o la escrita, o el principio de prueba por escrito, al heredero defraudado por su causante con actos simulados, se haría prácticamente imposible la defensa de aquél. La simulación prevalecería así en el campo legal, por falta de medios para atacarla con éxito en la mayoría de los casos. Es obvio suponer que el causante no va a dejar la prueba escrita de tal simulación, ya que su intención en estos eventos es siempre la de transferir efectivamente el bien a título gratuito, o la de condonar la deuda, aparentan-

do pago o **algo similar.** La prueba escrita el principio de prueba que hagan fehaciente tal simulación, no existirán entonces. Y obtener la confesión del demandado que se beneficia con la simulación, es algo menos que imposible.

De modo que la lógica impone concluír que ese heredero debe gozar de la libertad probatoria del tercero perjudicado con el acto ficticio. Conclusión que está de acuerdo con la interpretación que debe darse a las normas probatorias de los Códigos Civil y Judicial. en vista del artículo 472 del Código de Procedimiento. Este precepto ordena a los funcionarios del orden judicial tener en cuenta al proferir sus decisiones "que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva", para aplicar con tal criterio las disposiciones sobre pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho. En el caso en estudio, ese derecho reconocido por la ley sustantiva es el del heredero defraudado en su cuota herencial, por el acto cuya simulación se alega. Sería absurdo exigirle la presentación de la prueba que sólo podría suministrarle quien ha querido perjudicarlo. Pero, como es obvio, la libertad probatoria no elimina la exigencia legal de que el demandante demuestre en forma plena, sin dejar la menor duda, la simulación que alega.

Por último, la tesis expuesta no es una innovación en la jurisprudencia de la Corte. Al contrario, ha sido expuesta en varias ocasiones, como puede verse en las sentencias de... números 20 99, página 516 y 2107, página 384. (Casación Civil. Octubre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120)..... 327, 2ª y 328 1ª y 2ª

- 240 -

SIMULACION ABSOLUTA Y RELATIVA

Ha dicho la Corte: "No es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias una venta simulada que una donación disfrazada de venta. Si se demanda la declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad destructora del convenio aparente, sólo tal pacto oculto debe demostrarse para obtener la declaración judicial que al respecto se haga en el fallo. Pero si de los elementos probatorios aducidos por la parte demandada en su defensa, resulta comprobada la existencia de otra contraestipulación distinta de la simplemente destructora, tal como una dación en pago o una donación, la técnica de esta clase de acción impone la absolución del demandado, como en todos los casos corrientes en que el actor no cumpla con el deber de comprobar sus pretensiones, para tener derecho a que se le reconozcan en el fallo sus consecuencias jurídicas. Consagrar otra solución, sería otorgarle a las acciones civiles de simulación un carácter inquisitivo sólo compatible con el ejercicio de la acción penal y que, además, destruiría el equilibrio normal en la posición de las partes litigantes y entrañaría un desplazamiento indebido en la carga probatoria. Lo expuesto hasta aquí, no se opone a que el actor, ya sea un tercero o una de las partes contratantes, tenga la obligación de probar el pacto oculto en todas las ocasiones en que su acción se encamina, no a destruír simplemente el acto ostensible y mentiroso, sino a hacer prevalecer el privado, para aprovecharse de sus consecuencias. Y mutatis mutandis, si es el demandado a quien puede aprovechar la existencia y comprobación del contrato secreto, y éste no adolece de vicio alguno ni le faltan formalidades esenciales, la sola demostración de tal simulación de medio, sería su-

ficiente para enervar la acción intentada con el exclusivo fin de evidenciar una simulación integral y de obtener, en consecuencia, que los bienes que fueron materia del contrato fingido regresen al patrimonio de donde aparentan haber salido". (G. J. número 1977, pág. 70). (Casación Civil. Octubre 9 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) . . . . 330, 2ª y 331, 1ª

- 241 -

SIMULACION RELATIVA

La simulación relativa se caracteriza por la existencia de dos contratos, el aparente u ostensible y el secreto y real, entre los cuales existen diferencias de calidad y naturaleza de precio o de condiciones, sin que por eso deje de tener el segundo o secreto, realidad jurídica, pues de todas maneras se está celebrando un contrato real para producir ciertos efectos jurídicos que, por lo general, coinciden con los del contrato público, no obstante tales diferencias. Así, cuando se simula una donación como venta, los efectos jurídicos perseguidos son iguales: transferir el dominio de los bienes a quien aparece como ficticio comprador; la diferencia está en la naturaleza de los actos, pues mientras el primero se celebra a título oneroso, el segundo tiene como causa una simple liberalidad. Lo mismo puede decirse cuando se simula como renta vitalicia una verdadera donación.

Para que sea posible declarar la simulación relativa, es indispensable demostrar la existencia del contrato secreto o verdadero y formular la solicitud para que así se reconozca en el fallo. Además, si el actor quiere destruír los efectos jurídicos del acto secreto —la transferencia del dominio en la donación simulada, por ejemplo—, es necesario que pida expresamente la declaración de nulidad, o rescisión o invalidez del contrato secreto y real pues de la simple alegación de su existencia, no puede el fallador deducir una condena en tal sentido.

Cuando la que se alega es la simulación absoluta, la declaración de su existencia es suficiente para que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y verdadero, ya que el contrato simulado no ha producido ningún efecto jurídico. (Casación Civil. Octubre 9 de 1952. T. LXXIII. Números 2119 y 2120). 329, 2ª

- 242 -

SOCIEDAD CONYUGAL (Emolumentos percibidos por un cónyuge)

Los honorarios que uno de los cónyuges reciba por servicios profesionales prestados a tercera persona durante la vigencia de la sociedad conyugal, no constituyen un crédito del cónyuge, porque conforme a lo establecido en el artículo 1781 del Código Civil: "El haber de la sociedad conyugal se compone: 1º De los salarios y emolumentos de género de empleos y oficios devengados durante el matrimonio...". (Casación Civil. Agosto 23 de 1952. T. LXXIII Número 2118) 56, 2ª

- 243 -

SOCIEDAD CONYUGAL

No puede sostenerse que debiendo la sucesión reembolsar a la sociedad conyugal, a título de expensas, el valor de las mejoras que esta última puso en bienes propios de la causante, conduce al mismo resultado tener como bienes del acreedor, para adjudicárselos, la parte del patrimonio del deudor que numéricamente equivalga a la acreencia, o reconocer simplemente ese derecho para imponerle al adjudicatario sucesoral la obligación de cancelarla. Ello puede ser exacto en

la apariencia, pero no lo es ni puede serlo en el campo del derecho. El deudor sólo está obligado a la prestación de lo que debe, como correlativamente, el acreedor, nada distinto puede exigir de él, sino la especie, cuerpo cierto o bienes de género que forman el objeto de su obligación; y es claro que con el primero de estos criterios, lo que en realidad se haría no sería el pago, sino una dación en pago, que al consumarse por fuéra de la voluntad de las partes, podría eventualmente conducir a gravísimo perjuicio para éllas. (Casación Civil. Agosto 23 de 1952. Tomo LXXIII. Nº 2118) .....58, 1ª y 2ª

- 244 -

SOCIEDAD CONYUGAL

La mujer casada carece de acción para demandar la nulidad de los actos del marido, cuando éste dispone de bienes de la sociedad conyugal que la Ley 28 de 1932 encontró en el patrimonio común, regulados por las normas del C. C. mientras no se demuestre que tales actos del marido lesionan sus intereses. (Casación Civil. Octubre 22 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 393, 2ª

- 245 -

SUCESION (Remate para pago de deudas)

Auncuando es cierto que de conformidad con el artículo 967 del C. J., el remate para el pago de deudas debe preceder a la partición, ésto no quiere decir que no puede asímismo disponerse para llevarlo a cabo con posterioridad a dicho acto, como en general ha venido practicándose. La subasta previa a que alude el precitado artículo tiene lugar, como allí mismo se expresa, en el caso de ser ella necsaria "para facilitar la partición"; pero es obvio que si el trabajo puede realizarse sin esta medida, nada se opone a que ella pueda disponerse dentro del mismo acto, máxime cuando, como en el caso, las diferencias y desacuerdos que ostensiblemente se han producido entre los interesados, llegan a hacerla necesaria para la definitiva y total distribución de los bienes. (Casación Civil. Agosto 23 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118). 59, 1ª y 2ª

— T —

- 246 -

TESTIGO. (Cuándo hay impedimentos por enemistad)

El inciso 7° del artículo 669 del Código Judicial exige dos requisitos para que el impedimento previsto allí ocurra: a) Que se trate de un enemigo capital que declara contra su enemigo, entendiéndose por tal al que ha amenazado la vida de éste o lo ha injuriado o calumniado de modo grave; y b) Que no haya mediado reconciliación entre ellos. No es suficiente causa de impedimento la circunstancia de que el testigo tenga motivos de disgusto con la persona en contra de la cual declara, pues expresa y claramente el legislador determina la clase de enemistad a que se refiere no sólo denominándola "capital", sino dando la definición exacta de lo que por ésta debe entenderse.

En el caso planteado, la declarante confiesa estar "brava" con la demandante y dá a entender que no ha mediado reconciliación. Pero niega enfáticamente que sea su enemiga. Por tanto, como de esas solas palabras no es posible deducir la existencia de la causal de impedimento alegada, el Tribunal interpretó correctamente el texto legal, al no admitir la tacha del testimonio. (Casación Civil. Agosto 20 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) .....30, 1ª y 2ª

- 247 -

TESTIGOS

Cualquiera que sea la doctrina que se acoja sobre la naturaleza del vínculo laboral entre patrón y trabajador, la relación de dependencia permanece, auncuando hoy día no sea la admitida con el rigor y los alcances que antaño se le dieron. Y la aplicación de los artículos 2586 y 2587 del C. C., en cuanto prohiben que los testigos instrumentales y a ruego tengan la calidad de dependientes o subalternos del Notario, no puede eludirse so pretexto de que hoy el vínculo no priva al trabajador de su personería ni lo convierte en siervo al servicio discrecional de un patrón omnipotente. (Casación Civil. Diciembre 16 de 1952. (T. LXXIII Nos. 2121 y 2122) 794, 1ª

- 248 -

TESTIMONIO (Credibilidad de un testigo)

La credibilidad del testigo —según la sabia norma que sustituyó la arcaica tarifa legal por la libre convicción del Juez— depende de sus condiciones personales y sociales, de las del objeto, de las circunstancias en que fué percibido y de aquellas en que ridió su testimonio. La idoneidad se refiere, por lo tanto no sólo a la capacidad física y psíquica para percibir y recordar sino también a la capacidad moral (interés) y a la capacidad de los hechos u objetos para poder ser percibidos y recordados según las modalidades de distancia, luz, movimiento, figura (tamaño). (Casación Penal. Agosto 8 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) 100, 1ª

- 249 -

TESTIMONIO (Su apreciación en lo penal)

La apreciación del testimonio y, en general, la de todas las pruebas en materia penal, no se rige por los principios que regulan el procedimiento civil, porque no hay identidad de fines en ambos derechos (el penal y el civil). En el primero, el Juez busca, ante todo, la verdad material, histórica o real de los hechos investigados; en tanto que en lo civil, solamente le basta al juzgador la verdad formal que las partes le suministren, aunque esa verdad no corresponda a los hechos.

Por eso el Código de Procedimiento Penal no adoptó la regla del artículo 701 del Código Judicial, sino que, por el contrario, dejó al prudente criterio del Juez la apreciación del testimonio, teniendo en cuenta las normas de la crítica de éste. (Artículo 224).

En consecuencia, para rechazar un testimonio en el terreno penal, es menester recurrir a un análisis lógico, objetivo y subjetivo, a un trabajo de comparación, a fin de establecer si el declarante dijo la verdad. (Casación Penal. Agosto 19 de 1952. Tomo LXXIII. Nº 2118) 105, 2ª

- 250 -

TESTIMONIO (En delitos contra la propiedad)

Solamente cuando del hecho mismo realizado no surge la demostración de la existencia del robo o hurto, es cuando puede decirse que excepcionalmente la ley permite recurrir a otros medios probatorios, admitiendo testimonios de personas que en otras circunstancias estarían impedidas para declarar, en consideración a su presunta parcialidad, por el interés que tienen en el juicio

lo que puede ser motivo de que la verdad resulte deformada con sus dichos.

Por éso, consignado el principio general que gobierna la materia, según el cual no es preciso la demostración de ciertas circunstancias en el robo y el hurto, porque estos delitos aparecen cometidos y de otros hechos así se deduce, consecuente la ley en no crear obstáculos a la investigación y al descubrimiento de los responsables, autoriza recibir declaración a quien por su conocimiento de la preexistencia y consiguiente falta de las cosas objeto de aquellas infracciones, están en condiciones de señalarlas a la justicia.

Cuando contra estos testimonios no se aduce una demostración de que no merecen credibilidad, por cuestiones de fondo que digan relación a una falta de verdad en lo que deponen, sus afirmaciones deben ser creídas. No puede admitirse la afirmación de que sus discrepancias los hagan dignos de rechazo como fuente de verdad. Si ésto fuera así, lógicamente se lograría hacer nugatoria esa prueba, porque por ejemplo la descripción de un determinado objeto podría dar ocasión a discrepancias entre los mismos que lo han tenido en su poder, de manera que sólo la persona en cuyo contacto se hubiera mantenido por mayor tiempo dicho objeto, podría señalar todas y cada una de sus carcterísticas, lo que no sucedería con otras personas que conocieron el mismo objeto con ese conocimiento superficial que les permite reconocerlo y señalar a su propietario, pero no describirlo con exactitud rigurosa, lo que quizás sólo pueda hacer aquél que lo conozca íntimamente. (Casación Penal. Octubre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) .... 495, 1ª y 2ª

- 251 -

TESTIMONIO

De acuerdo con el sistema probatorio universalmente aceptado, y según la lógica de las mismas, es al juzgador a quien le corresponde decir, en casos como el presente (prueba testimonial), si de los hechos materiales, observados por los testigos, y manifestados por éstos en el acto de la declaración, se puede sacar la conclusión jurídica correspondiente, tales como la calidad del poseedor, propietario, tenedor, etc. porque no les es dable a los testigos hacer afirmaciones sobre cuestiones jurídicas. (Negocios Generales. Noviembre 19 de 1952. T. LXXIII. Números 2121 y 2122) 867, 1ª

- 252 -

TRABAJOS PUBLICOS

Si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiete indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo, es el cumplimiento de la garantía constitucional?

Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad, sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble, sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline —a quien cita la Procuraduría —en estos casos "el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo, la de restitución pues ésto entorpecería el funcionamiento de un servicio público".

De aquí que las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada. (Negocios Generales. Agosto 20 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118) .....139, 1ª y 2ª

- 253 -

TRABAJOS PUBLICOS

Como lo dijo la Corte en sentencia de 23 de mayo de 1951: "...la Constitución ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de élla), debe ser del conocimiento de la justicia común. (Negocios Generales. Septiembre 27 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 530, 1ª

- 254 -

TRABAJOS PUBLICOS

Como lo dijo la Sala de Negocios Generales de la Corte, en sentencia de 4 de agosto de 1951: "De esta suerte, bien puede concluírse que los preceptos de la Ley 167 de 1941 relacionados con la competencia administrativa para negocios sobre indemnización de perjuicios que se causan en la propiedad privada y a consecuencia de trabajos públicos, sólo son aplicables en cuanto se trate de acciones encaminadas a obtener una SIMPLE REPARACION DE DAÑOS, producidos a consecuencia de los trabajos mismos y a los que —desde luego— no pueden considerarse extraños los que se siguen de una OCUPACION que, por su naturaleza y por los fines de la obra para la cual se realiza, resulta ser de INDOLE PURAMENTE TRANSITORIA O TEMPORAL; pero que son absolutamente inaplicables cuando la indemnización perseguida se traduce en el precio mismo de la propiedad de que indefinida o definitivamente se ha privado al querellante, como es el caso planteado en este juicio. Porque —vuelve a repetirse— tratándose en este caso de una verdadera acción de dominio para que se restituya la especie o se pague su valor (artículo 995 C. C.), antes que dé una acción indemnizatoria por el perjuicio producido, es a la justicia ordinaria, a quien, constitucionalmente, corresponde resolverla". (Negocios Generales. Octubre 18 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120). 552, 1ª y 2ª

- 255 -

TRABAJOS PUBLICOS

Como ya lo dijo la Corte: "Si de acuerdo con la Constitución, tratándose de expropiaciones, la transferencia de la propiedad y consiguiente indemnización requieren la intervención de la justicia civil u ordinaria (una vez cumplida la fase administrativa previa), ¿cómo no ver también en ese principio la competencia judicial cuando se trata de la indemnización o pago de zonas incorporadas por la Administración a obras de interés público, siendo así que lo que se busca en estos casos, en el fondo es el cumplimiento de la garantía constitucional?

"Es claro que en la ocupación de terrenos privados por razón de trabajos públicos no hay traspaso de propiedad, sino solamente desposesión; pero si esa desposesión va acompañada de incorporación definitiva a un servicio público, el verdadero dueño no pierde únicamente el goce de su inmueble,

sino que queda imposibilitado para recuperarlo. Como lo dice Marcel Waline —a quien cita la Procuraduría—, en estos casos 'el propietario no puede ejercer las acciones posesorias, por ejemplo la de restitución pues ésto entorpecería el funcionamiento de un servicio público'."

"De aquí que de las acciones sobre indemnización o pago, que tienden a legalizar esa situación de hecho, haya de conocer la justicia a quien corresponde constitucionalmente la garantía de la propiedad privada." (Negocios Generales. Octubre 28 de 1952. Tomo LXXIII. Nos. 2119 y 2120). ..... 579, 2ª y 580, 1ª

- 256 -

TRABAJOS PUBLICOS

Como ya lo expuso en repetidas ocasiones la Corte, de los textos de los artículos 30 y 33 de la Constitución Nacional, se deduce que ésta "ha querido que a nadie se pueda privar de su propiedad por razones de interés público sino con intervención del poder judicial o justicia ordinaria, en el sentido de que sea ésta la que decrete el traslado de la propiedad y la consiguiente indemnización; lo que además implica que para la Carta cualquier acción que tienda a que se respete por la Administración esa propiedad privada, bien sea en forma específica o en su valor (indemnización o pago de élla) debe ser del conocimiento de la justicia común". (Negocios Generales. Noviembre 21 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 876, 1ª

- 257 -

TRANSACCION

Como lo tiene decidido la jurisprudencia, no se requiere la solemnidad de la escritura pública cuando la transacción no constituye nuevo título de dominio. (Casación Civil. Septiembre 29 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) 278, 1ª

— U —

- 258 -

USUCAPION (Requisitos de la)

"La prescripción —como lo dispone el artículo 2512 del C. C.— es un modo de adquirir las cosas ajenas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los requisitos legales". Pero como no ejerce posesión, sino quien ocupa o tiene la cosa en su poder con ánimo de señor o dueño, según la definición que de este concepto nos ofrece el artículo 762 del mismo Código, es claro entonces que para adquirir por el modo de la usucapión, no basta la prueba del simple elemento material del corpus, sino que es preciso además que éste se halle acompañado de la voluntad o ánimo de dueño con que se ocupe la cosa; y ninguna demostración más adecuada respecto de ese elemento intencional que la particular manifestación de quien la invoca. (Casación Civil. Agosto 25 de 1952. T. LXXIII. Nº 2118). 65, 2ª y 66, 1ª

- 259 -

USURPACION (Delito de)

Los delitos contra la propiedad inmueble que se cometen con ánimo de provecho, se denominan USURPACION. Tienen semejanzas con el hurto y el robo, recaen sobre cosas ajenas concurre la finalidad del lucro en sentido amplio, hay ausencia de consentimiento del dueño o poseedor y se emplea el fraude o la violencia. Pero la usurpación difiere del

hurto y del robo en un elemento fundamental derivado de la naturaleza del bien físico objeto de la infracción. Es el factor apoderamiento o remoción de la cosa, que es imposible respecto de los inmuebles.

A éstos se les invade, pero no se les coge o aprehende. El delito se ejecuta desalojando, mas no tomándolos o sustrayéndolos. Por eso decían los latinos que IMMOBILIA NON CONTRAECTANTUR SED INVADUNTUR.

Lo cual explica que, en esta clase de ilícitos, el bien protegido por la norma penal sea propiamente la posesión y tenencia del bien inmueble, el goce del mismo, y no la propiedad, cuya adquisición se hace por los modos especiales que señala el Código Civil.

El estatuto 424 del Código represivo, pertinente al caso subjudice, está concebido en estos términos:

"El que invada arbitrariamente terrenos o edificios ajenos, públicos o privados, con el fin de obtener cualquier provecho ilícito, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior". (Arresto de dos a veinte meses y multa de diez a mil pesos).

Son pues, elementos esencialmente de la infracción:

1° Cosa inmueble;
2° Invasión de la misma;
3° Arbitrieriedad en la invasión; y
4° Animo de lucro.

Estas características están indicando que el delito es típicamente doloso, porque la usurpación del bien inmueble se hace sin razón ni derecho y con el propósito de obtener un beneficio indebido, lo cual informa la acción psíquica del responsable. (Casación Penal. Octubre 3 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) ..... 476, 2ª y 477, 1ª

372.2

— V —

- 260 -

VENTA (Por todos los comuneros, de una parte de la cosa común)

Es equivocada la afirmación hecha por vía general de que el adquirente a título de venta o permuta de una parte del terreno sujeto a comunidad, necesariamente entra a formar parte de la misma y no puede tener por ese título el dominio como cuerpo cierto sobre la respectiva porción del inmueble, con prescindencia del resto. Y es erróneo tal concepto, porque no hay impedimento de ninguna clase para que los comuneros, obrando de consuno, procedan a transferir a un tercero todo el terreno o parte de él, como cuerpo cierto y determinado por los linderos y cabida —si es el caso— que en el título respectivo se señalen, Al obrar todos de acuerdo y transferir sus diversos derechos en el inmueble o en parte de éste, el adquirente, pasa a ser titular del dominio pleno sobre lo que recibe, exactamente como sucedería si el tradente fuera uno solo y obrara en calidad de único dueño.

Cosa muy distinta ocurre cuando uno o varios de los comuneros —no la totalidad— venden los derechos indivisos sobre el inmueble a un tercero. En este caso, en razón de que la cuota del tradente no está radicada en porción determinada ninguna del inmueble, pues apenas concurre con las cuotas de los demás en todas y cada una de las partes del bien, el adquirente solamente recibe derechos indiviso o cuota parte en la comunidad. Así pasa a ser comunero en sustitución de su antecesor, porque los derechos transmitidos por aquél no le confieren el pleno dominio sobre porción ninguna del terreno.

Es decir, se deben diferenciar dos casos: cuando los comuneros que representan el

ciento por ciento de los derechos venden el pleno dominio que así reunidos les corresponde sobre todo el inmueble, o parte de éste; y cuando uno o más de los comuneros, dueños sólo de cuotas sobre el total, enajenan sus derechos en la comunidad.

En el primer caso, las personas que adquieren de todos los copropietarios porciones del terreno común, delimitadas por sus particulares linderos, y que por ende, pasan a ser dueñas de cuerpo cierto respecto a esas partes que han salido de la indivisión, nada tienen que ver con las zonas que permanecen en cabeza de la primitiva comunidad ni con los nuevos contratos que celebren los comuneros para su venta o permuta.

Por el contrario, según el segundo caso propuesto quienes adquieren derechos indivisos en la comunidad, como han llegado a ser comuneros sobre la totalidad del inmueble, deben ser indispensablemente partes en los contratos en que se pretenda enajenar como cuerpos ciertos, porciones del terreno común.

Sucede a este respecto exactamente lo mismo que cuando se trata de un bien que es patrimonio de una sociedad legalmente constituída. La diferencia anotada aparece entre el acto de vender por la sociedad ese bien y el acto de enajenar uno de los socios los derechos que le corresponden en el haber social cuando no se trata de sociedades intuitu personae y la cesión de derecho es permitida. Por eso, el artículo 2323 del C. Civil dice que "El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social". En el primero, la sociedad transfiere el dominio pleno del inmueble que vende como cuerpo cierto; y en el segundo, el adquirente únicamente recibe los derechos del socio radicados en la generalidad del haber social y no en forma plena sobre ninguno de los bienes que lo constituyen.

Igualmente, es análogo el caso de venta directa por todos los comuneros del inmueble en conjunto o dividido en lotes, que el de venta por intermedio de la justicia y a solicitud de cualquiera de éllos, tal como lo prevé el Código Civil en sus artículos 2334 —en armonía con el 1134 del C. Judicial—, y siguientes. Sería sencillamente absurdo sostener que a pesar de reunir la unanimidad de derechos y consentimientos, el contrato suscrito por todos los comuneros no transfiriera el pleno dominio como cuerpo cierto sobre la parte o partes del terreno común delimitadas por sus respectivos linderos. (Casación Civil. Septiembre 15 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2119 y 2120) . . . . 231, 1ª y 2ª y 232, 1ª

- 261 -

VEREDICTO (Interpretación del veredicto del Jurado)

El fundamento inmediato de la sentencia y lo que constituye la norma que debe guiar al Juez en la imposición de las penas es el veredicto, en los juicios que se siguen con la intervención de los jueces populares. Así lo predica el artículo 480 del Código de Procedimiento Penal, al ordenar que la sentencia se dicte de acuerdo con la calificación que el Jurado dá a los hechos sobre los cuales ha versado el debate. De manera que la pena o la absolución que sobre el caso recaiga, resulta correcta cuando la decisión del Juez de derecho guarda armonía con el auto de proceder y es a la vez producto de las afirmaciones del tribunal de conciencia, reflejadas en el veredicto.

De conformidad con el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, corresponde al Jurado calificar los hechos y determinar la responsabilidad. Al juzgador de derecho, en los juicios de que conoce el Jurado, apenas le otorga la ley la facultad de calificar y apreciar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, siempre que no sean modificado-

ras o elementos constitutivos del delito. En este último caso, tal atribución corresponde a los jueces populares, que deciden verdad sabida y buena fe guardada, sobre todos aquellos elementos que comportan una calificación del hecho y que como tales, significan algo que entraña o la modificación de la responsabilidad o la agravación de la misma, por la existencia de una causal calificadora que agrava la infracción.

Con todo, la facultad conferida a los miembros del Jurado no es ilimitada. Sus límites legales no van más allá de los que señala el precepto contenido en el artículo 27 de la Ley 4ª ya citada, por cuanto les compete "decidir con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado, sin atender voz distinta a la de su personal conciencia y no hacerlo jamás sin la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga". Por lo mismo, cuando en ejercicio de esa facultad los límites de la función que cumplen resultan rebasados, en forma que el veredicto en conciencia signifique notoria injusticia, porque la íntima convicción con que se produjo contrasta con la claridad de los elementos probatorios que demuestran lo contrario, la norma procesal autoriza para así declararlo, ya que la contraevidencia no implica nada distinto de que el Jurado cumplió su cometido en forma que sobrepasó el límite previsto en la ley, al cual debe sujetar su conducta el tribunal popular.

Cuando no es este el caso, la sentencia que se dicte no puede tener contenido distinto del veredicto; en otros términos, tiene que ser el exacto y completo desarrollo de los términos en que éste está concebido, pues en manera alguna la ley le ha atribuído al fallador la facultad de sustraerse a las afirmaciones del Jurado, para buscar en éllas interpretaciones acomodaticias o sobre conjeturas e hipótesis hacerle decir nada distinto de lo que contienen sus términos. La misión del Juez no va más allá del acatamiento de esas decisiones, para buscar dentro de las normas legales sustantivas, la pena correspondiente que armonice con la responsabilidad admitida por el Jurado.

Es verdad que no siempre resulta fácil desentrañar los términos del veredicto para acomodarlos dentro de la ley. En no pocas ocasiones las respuestas del Jurado se resienten de oscuridad y ambigüedad susceptibles de producir cierta conplejidad en el desarrollo de sus afirmaciones, por no estar éstas en consonancia con la forma realmente clara y nítida como debió responderle al cuestionario, no empleando más expresiones que las que corresponden a los hechos sobre que se les interroga, sin dar explicaciones distintas de las que sean necesarias para afirmar o negar la responsabilidad. Por éllo cuando el Jurado usa expresiones o explicaciones que se salen de estos cauces, es tarea del Juez buscar por los medios legales y sirviéndose de los elementos que le suministra el debate judicial que culminó con el veredicto, el alcance de éste y el contenido de sus cláusulas, para acomodarlo a las normas de la ley. (Casación Penal. Diciembre 12 de 1952. T. LXXIII. Nos. 2121 y 2122) 840, 2ª y 841, 1ª

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES LEGALES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXIII DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA: Las cifras de la columna "números" se refieren a los apartes de doctrina que componen este Indice. Los guiones que aparecen en la columna "artículos", indican que la correspondiente doctrina cita globalmente el Código, la ley o el decreto en referencia.

Artículos	Números
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
26	96
30	256
33	256
97	135
102	135
131	135
151	135
CODIGO CIVIL	
4	157
19	131
20	131
21	131
27	108; 200
28	166
66, inciso 1°	98
219 a 223	134
236	155
238	155
239	125; 155
246	155
392	10
395	125
398	200
401	134
402	134
403	134
483	90; 131
484	90; 131
656	217
657	217
713	6
739, inciso 2°	6
762	220; 258
768	25
900	115
947	217
949	160
965	221
966	221
970	221
995	254
1127	108
1377	12
1398	216
1505	139
1546	9; 122
1618	108
1740	165
1741	165; 225
1768, inciso 3°	98
1781	242
1852	127
1871	223
1880	9
1882	9
1894	111
1930	9
2158	139
2186	139
2334	260

Artículos	Números
2341	97
2345	97
2346	97
2347	229
2348	97
2349	97; 229
2350	97
2351	97
2353	97
2354	97
2355	97
2356	97; 98; 202
2469	128
2512	258
2586	247
2587	165; 247
2595	165
2652, inciso 9°	210
Libro II, Tit. 10°	47
Libro III, Tit. 8°	12
Libro IV, Tit. 13	93; 153; 259

CODIGO JUDICIAL

29	135
40	94; 95
70	18; 144
76	171
77	171
79	217
84, inciso 3°	18
112	227
143	14
170, inciso 2°	89
205	22
222	22
325	161
328	129
337	128
341	128
342	128
370	164; 230
392	129
395	13
396	11
397	11
398	11
442	144
448	169
451	169
357	169; 225
466, inciso 2°	128
457	128
467	128
468	119; 128
471	108
472	239
473	110; 128
478	108
519	36; 157
520	158
520, Num. 1°	35; 40; 55; 60; 62; 63; 64; 123; 157
520, inciso 2°	49; 69; 76
520, Num. 3°	60
520, Num. 6°	73; 74
520, Num. 7°	75; 76
531	106
542 a 548	232
550, inciso 2°	145
553	145; 162
575, Num. 2°	36
597, Ord. 4°	182
600	19
632	77
636	116; 124
652	132
662	146
669, inciso 7°	246
701	249
718	181; 185
721	181; 182
722	186
730	152
737	22
870	114; 115
941	216
964	173; 177
965	177
967	245
968	177
1008	219
1037	224
1134	260
1135	219
1189	219
1203	161
L. II, Tit. XVII	152

Artículos	Números
Tit. XXVI	115
CODIGO DE COMERCIO	
520	139
CODIGO PENAL	
28	82; 180
31	180
32	103; 180
33	84
37	79; 82
37, Num. 9°	80
38, Num. 9°	81
45	180
60	179; 180
95	194
139	207
171	203
178	1; 2
208	16
363	15
363, Num. 8°	15
398, Num. 2°	142
399	142
401	142
424	259
Libro II, Tit. 8°	15
——	3
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
7	106; 144
42	135
43	135
44	117
58	26; 27; 28
73	121
76, inciso 2°	209
168	163
169	163
198	163
199	163
209	163
224	249
295	167
420	117
421	117
428	117
429	117
431	17
439	117
450	167
451	167
472	167
477	167
480	72; 261
CODIGO DE REGIMEN POLITICO Y MUNICIPAL	
315	77
316	77
320	77
CODIGO DE JUSTICIA MILITAR Ley 3ª de 1945	
130	191
CODIGO FISCAL	
47	217
65	21; 22
79	22
CODIGO JUDICIAL DEROGADO	
40, Num. 8°	94
837	108
LEYES ESPECIALES	
Ley 57 de 1887	
——	333; 165
Ley 153 de 1887	
4	108
5	108
8	194
40	159
52	155
Ley 95 de 1890	
22	87

Artículos	Números
Ley 105 de 1890	
272	115
Ley 55 de 1905	
——	24
Ley 45 de 1917	
——	217
Ley 71 de 1917	
10	21; 217
12	21
Ley 20 de 1923	
3	172
5	172
Ley 31 de 1925	
20	210
22	210
23	210
28	210
Ley 28 de 1932	
——	244
Ley 45 de 1936	
4	134; 238
6	200
7	134; 200
Ley 50 de 1936	
2	112; 166; 225;
Ley 200 de 1936	
1	25

Artículos	Números
Ley 160 de 1936	
10	197
Ley 92 de 1938	
19	125
Ley 167 de 1941	
——	254
Ley 4ª de 1943	
1	12; 105
4	105
9	4
12	161
27	261
28	261
Ley 97 de 1946	
——	22
DECRETOS	
Decreto Nº 10 de 1950	
10	199
Decreto 3346 de 1950	
1	208
Decreto 3665 de 1950	
2	110
3	236
4	236
—	136
Decreto Nº 0243 de 1951	
5	208

INDICE ALFABETICO

- A -

Aljure Manuel Agustín.—Cumplimiento en Colombia de una sentencia extranjera.... 190

Alvarez Medina Antonio contra la sociedad del "Jockey Club".—Juicio ordinario, sobre pago de una apuesta 264

Alzate Avendaño Gilberto contra Roberto Vélez A.—Juicio ordinario sobre oposición a una línea divisoria 283

"American Colombian Corporation" contra la Nación.—Juicio ordinario de única instancia, sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 123

Aranguren Luna Rafael. — Casación por el delito de robo 440

Arango José J.—Sanción disciplinaria 587

Arroyave Manuel S.—Casación por el delito de falsedad en documentos públicos 848

- B -

Barragán Antonio María contra Argemiro Carrillo.—Juicio ordinario.—Recurso desierto 77

Barón Vargas Luis A.—Concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso que se le sigue por el delito de homicidio. 442

Beltrán Digna María contra Alejandrino Morales.—Juicio ordinario sobre oposición a una línea divisoria 683

Bohórquez, Evangelina López de, contra Joaquín Mejía M. — Juicio ordinario, sobre pertenencia de un lote de terreno 753

Botero Restrepo Guillermo—Queja contra él 163

Britton Timothy contra la Nación.—Incidente de liquidación 895

Britton Timothy contra la Nación.—Recurso de reposición 897

Bula Ojeda José Antonio y otros contra la Nación.—Juicio ordinario, sobre pertenencia de unos terrenos 184

- C -

Cabrera Numpe Jenaro y otro.—Casación por homicidio y lesiones personales 837

Calvo, Julia Lara vda. de, y otros contra José Joaquín Calvo. — Recurso de Revisión 38

Camino del Carare S. A. contra la Nación. Excepción de ilegitimidad de la personería 574

Cancelada Josefina contra Abelardo Fernández Bustos y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento 715

Cano Gutiérrez Gustavo.—Decide la Corte que es a la Justicia Militar y nó a la ordinaria a quien corresponde conocer de un proceso contra él 801

Cardona Jesús M. contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Incidente de liquidación de perjuicios.... 868

Castaño, Isabel Angel de, contra Luis Patiño y otros.—Juicio ordinario, sobre pertenencia de un terreno 332

Castrillón Clara Rosa contra Justo Pastor Ramírez y otros.—Juicio ordinario, sobre nulidad de unos contratos 789

Castro, Carlota Maya de, contra la Nación.

Juicio ordinario 569

Cepeda B. Julián contra Salvador Daza y otros.—Juicio ordinario.—Acción reivindicatoria 679

Chaves Bolívar y otros Magistrados del Tribunal Superior de Pasto.—Se ordena cesar todo procedimiento contra éllos por cargos de prevaricato 853

Compañía de Petróleo Shell de Colombia y otro contra la Nación.—Acción ordinaria, sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 911

Compañía Urbanizadora de Palanquero S. A. contra la Nación y el Departamento de Cundinamarca.—Apelación de un auto.... 130

Conde Mercedes y Josefa contra Pedro Elías Martínez y otros.—Juicio ordinario sobre reivindicación. 762

Contreras Jacinto María contra Rufino Nárváez.—Juicio ordinario sobre reivindicación 267

Cruz, Isabel Arias de, contra Alfredo García Marín.—Juicio ordinario, sobre reivindicación 758

- D -

De Caro, Raquel Gómez vda. de, y otro contra la Nación.—Juicio ordinario sobre reivindicación y pertenencia de unos terrenos 576

De la Pava Camilo.—Solicitud de sustitución de pena 478

Delgado Gustavo.—Recurso de apelación de un auto 540

Departamento del Valle del Cauca contra Oscar Solarte.—Juicio de lanzamiento 583

Dorsonville Antonio contra María Zárate y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de unos contratos y sobre reivindicación ... 695

Duque Alejandro Contra Zoila Vargas.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato de promesa de venta 79

- E-

Escobar E. Lázaro contra Honorio Velásquez. Juicio ordinario sobre nulidad de un juicio ejecutivo y del remate en él verificado y sobre otros objetos 709

Espinosa Pedro Nel y otra contra Ricardo Suárez R.—Juicio ordinario sobre reivindicación y sobre nulidad de unos contratos. 437

Espitia Pinilla Jesús contra la Fábrica de Ladrillos "El Progreso". Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 296

- F -

Faour Wadi.—Petición de anulación de una providencia de la Corte..... 195

Farieta Israel contra Inés Moreno v. de Ardila y otra.—Juicio ordinario sobre filiación natural 769

Fernández, María del Carmen Bernal Cortés de, contra Eduvina Sánchez de Bernal y otros.—Juicio ordinario sobre simulación de un contrato 730

Fontalvo Fontalvo Jesús María.—Se declara infundada una recusación contra él 805

Franco González Antonio y otro contra Salomón Ganem.—Juicio ordinario sobre reivindicación de un bien de la sociedad conyugal 397

- G -

Garay Alejandro y otras contra Valerio Oliveros y otros.—Juicio ordinario sobre exclusión de unos bienes de una sucesión y sobre otros objetos 307

García Alfredo y otros contra los herederos de Ulpiano Zuleta.—Juicio ordinario.—No se accede a restituír el término para presentar la demanda de casación 72

García, Teresa Hincapié vda. de, contra Juan Pablo Díaz.—Juicio ordinario sobre división de un bien común 86

García Zuluaga Roberto y otros contra Teresa García Zuluaga y otras.—Juicio ordinario sobre nulidad de un testamento y de una sucesión 777

Giraldo Manuel Salvador y José Agustín Roa.—Casación por el delito de hurto de ganado mayor y menor 95

Giraldo Vargas Jorge Eduardo y otro.—Sobreseimiento definitivo de éstos, por abuso de autoridad 796

Gómez Laminilla Pablo Emilio.—Recurso de hecho, por hurto 803

González Gerardo y otra.—Recurso de Revisión 379

Graciane Regina y otros contra The Santa Marta Railwway Company Limited.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 1

Guarín Rueda Roberto.—Sobreseimiento definitivo por cargos de abuso de autoridad. 113

Gutiérrez Hoyos Rafael contra la Nación. Juicio ordinario.—Apelación de un auto .. 909

- H -

Hernández Marco A. contra Alfonso Medina Rosales. — Juicio ordinario sobre cumplimiento de un contrato de promesa de venta 43

Hincapié Carlos y otra contra Benjamín Correa.—Juicio ordinario sobre oposición a un deslinde 270

"Hotel Nutibara S. A." contra el Municipio de Medellín.—Juicio ordinario sobre división de un predio 355

- I -

Insignares, Zoila Rosa Roca vda. de, contra la Nación.—Juicio ordinario sobre reivindicación y sobre pertenencia de unos terrenos 872

- L -

Leiva José María contra la Nación.—La Corte declara nulo todo lo actuado en este juicio a partir de la sentencia de primera instancia 133

Lenis María Elisa contra Alfonso Azcárate B. y otros.—Juicio ordinario sobre filiación natural y sobre otros objetos 197

Loaiza Pedro Pablo contra herederos de Constancio Loaiza. — Juicio ordinario sobre petición de herencia 15

López Francisco Antonio y otro.—Casación por el delito de homicidio 110

López María Adelaida y otras contra Policarpa Cortés.—Juicio ordinario sobre reivindicación 367

- M -

Magistrados del Tribunal Superior de Quibdó.—Queja contra éllos 161

Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena.—Queja contra éllos 601

Manjarrés José Lobelo.—Sobreseimiento definitivo por el delito de cohecho 504

Manotas Arturo Fabio contra la Nación.—Objeciones a un dictamen pericial..... 513

Márquez Fidel contra Carlos Pinzón.—Juicio sobre deslinde 405

Marriaga Rafael.—Resuelve la Corte que no hay lugar a imponer sanción disciplinaria. 617

Martín C. Alfredo contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos y solicitud de coadyuvancia de la Texas Petroleum Company .. 881

Martínez Julio César.—Se confirma sobreseimiento definitivo a favor de éste 488

Mayorga Sáenz Abigaíl contra Arcadio Suárez y otras.—Juicio ordinario sobre filiación natural 381

Medina, María Francisca Rivas de, contra los herederos de Inés Leiva de Rivas.—Objeciones a una partición 47

Meneses Ramón y otros.—Cambio de radicación del proceso 798

Mendoza Evangelina contra María Luisa Alvarez y otros. Juicio ordinario sobre reivindicación 622

Mendoza Reyes Eduardo.—Invalida la Corte sentencia condenatoria contra éste por el delito de homicidio 444

Mera B. Benjamín y otra contra la "Compañía Agropecuaria de la Bolsa y Periconegro".—Juicio ordinario sobre servidumbre. 336

Mesas Garcese para escoger S. A. contra American Coffee Corporation.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. 89

Micolta, Lucila Piñeros de, y otros contra Angel León Mantilla.—Juicio ordinario sobre lesión enorme 255

Millán Sánchez Gabriel y otros.—Se invalida una sentencia de la Jefatura del Estado Mayor General de las Fuerzas Militares .. 819

Moncayo Antonio contra Rosario Ariza de Moncayo y otros.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y sobre otros objetos 674

Monroy Ricardo Francisco y otros.—Casación por delito de hurto 101

Montoya Luis F. contra la Nación.—Juicio ordinario. Apelación de un auto..... 907

Montoya Jorge contra Bernardo Uribe.—Juicio ordinario 74

Morales José Vicente contra la Nación.—Juicio ordinario.—Acumulación de autos ... 915

Morelli Cayetano contra la sucesión de Eugenio Rueda.—Juicio ordinario sobre rendición de cuentas 412

Moreno Ceferino y otra contra la Arquidiócesis de Bogotá—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 772

Moreno Desiderio contra la "Planta Eléctrica de Anolaima Limitada".—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 337

Moreno Eliseo contra Aquilino Flórez y otro. Juicio ordinario sobre reivindicación 68

Moreno M. Luis Antonio contra Norberto Díaz C. y otros. — Juicio ordinario sobre promesa de contrato y otros objetos 241

Municipio de Galapa contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 555

Municipio de Polonuevo contra la Nación. Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 536

Muñoz P. Carlos contra Alejandro Alzate. Juicio ordinario sobre reivindicación ... 420

- N -

Narváez José María contra Abel Lorza.—Juicio ordinario sobre reivindicación 62

Navarrete Adelina contra Eloísa Fonseca Navarrete.—Juicio ordinario sobre simulación 658

"A. Noguera y Compañía, Sucesores Limitada" contra la Nación.—Juicio ordinario sobre restitución de un lote de terreno ... 527

- O -

Osorno Félix Antonio contra Rosaura Osorno Osorno y otras.—Juicio ordinario sobre simulación 318

Otálora Z. Alberto contra Teodomiro Muñoz. Juicio ordinario sobre reivindicación 186

- P -

Paláu Alberto y otros contra Ricardo Velásquez J. y otros.—Juicio ordinario sobre inexistencia de un gravamen hipotecario... 301

Pabón Carlos L. y otros.—Incidente de liquidación.—Recurso de apelación 891

Pava, Ana Mercedes Guerrero de, contra Nicolás Guerrero y otra.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato 261

Pedraza Jaime Rafael.—Juicio contra un abogado por faltas contra la moral profesional.—Revoca la Corte sentencia del Tribunal 507

Peréa Aluma Aureliano.—Incidente de Recusación 480

Pérez Torres Donaciano contra el Departamento del Magdalena. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 865

Pinzón Pedro Vicente contra herederos de Julia Pinzón de Garavito.—Recurso de casación por objeciones a la partición de la sucesión 352

Pinzón Ramón S. y la sociedad "Afanador Salgar Hermanos Limitada" contra la Nación.—Juicio ordinario sobre pertenencia de unos yacimientos petrolíferos 117

Pión Eduardo y otros.—Cambio de radicación de procesos penales 459

Prada Blanco Rosa Ana contra Lucas Martínez Martínez.—Juicio ordinario sobre reivindicación 745

Proyecto de ley "por la cual se auxilia al Municipio de Riosucio (Caldas) para la construcción de una plaza de mercado". Objetado como violatorio del ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución 615

Prieto, Amalia Naranjo Borrero de, y otras contra el Municipio de Bogotá.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios. 625

Puentes José T. contra la Nación.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 899

- Q -

Quirós Andrés contra el Municipio de Cali. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 216

- R -

Ramos Ramos Bolívar Jacinto.—La Corte ordena devolver el proceso al Tribunal para que decida éste en forma legal una recusación 452

Reyes José Vicente y otros.—Casación por homicidio 807

Reyes, Josefina Vargas de, contra Miguel Díaz Jiménez.—Juicio sobre rendición de cuentas 315

Riascos Jorge Manuel.—Concepto favorable sobre cambio de radicación de un proceso 483

Rodríguez Oliverio contra Isidoro Rodríguez y otros.—Juicio ordinario sobre pertenencia por accesión 172

Roa Dionisia Modesta contra el Departamento del Magdalena.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 510

Rubio Marroquín Luis. — Se confirmá auto del Tribunal ordenando cesar todo procedimiento contra él por el delito de usurpación de bienes inmuebles 472

Rubio Ernesto contra The Santa Marta Railway Company Limited.—Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 643

- S -

Saa, Sofía Montes de, contra Ernestina Muñoz de Jiménez y la sociedad de San Antonio Limitada.—Juicio ordinario sobre nulidad de un remate y sobre reivindicación y otros objetos 629

Salazar García Elías.—Oposición de éste a la

solicitud de adjudicación de un terreno baldío hecha por el señor Luis Mejía 664

Salazar de la Pava Bernardo.—Cambio de radicación de un proceso por el delito de homicidio 453

Salinas Belisario contra Benjamín y Luis Angel Restrepo.—Juicio ordinario sobre adquisición del dominio de una finca por medio de la prescripción 223

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis Enrique Cuervo en el juicio ordinario que Pedro Pablo Loaiza siguió contra los herederos testamentarios de Constancio Loaiza. 21

Salvamento de voto del Magistrado doctor Rodríguez Peña en el juicio ordinario de Carlos Hincapié y otra contra Benjamín Correa 280

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Luis Rafael Robles en el juicio de lanzamiento instaurado por el Departamento del Valle del Cauca contra Oscar Solarte 586

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pedro Castillo Pineda, Luis A. Flórez, Pablo Emilio Manotas y Gerardo Arias Mejía a la providencia mediante la cual se impusieron sanciones disciplinarias a los Magistrados del Tribunal Superior de Cartagena 613

Sampayo Dimas y otros.—Oposiciones a las propuestas sobre exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional formuladas por la Compañía de Petróleos de Cundinamarca, S. A. 142

Sanjuán José Arnulfo contra Eva Ninfa Ceballos.—Juicio ordinario sobre nulidad de una partida 165

Sierra Manuel Antonio y otra contra Francisco A. Sierra M.—Juicio ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa. 721

Sierra Esteban contra la Nación.—Juicio ordinario.—La Corte declara nula la sentencia del Tribunal 906

Soto, Lucía Vélez de, contra el Royal Bank of Canadá.—Juicio ordinario sobre nulidad de un contrato y reivindicación 390

- T -

Tapias Carrillo Carlos Enrique. — Casación por el delito de robo 429

"Tejar de Santa Mónica S. A." contra Fernando Tobar V.—Juicio ordinario sobre pago de una suma de dinero 407

Texas Petroleum Company contra la Nación. Solicitud de coadyuvancia en el juicio de Valentín Martín contra la Nación.—Recurso de Súplica 887

The Dorada Railway Company Limited contra la Nación.—Se abstiene la Corte de admitir la demanda presentada por aquélla contra ésta 855

The Dorada Railway Company Limited contra la Nación.—Recurso de Súplica contra la providencia de que trata el aparte anterior 858

Torres Martínez y otros contra la sociedad "Hato de San Vicente, Sociedad Limitada. Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 640

- W -

Welpley, Amelia Bula Ojeda v. de, (herederos) contra la Nación. — Juicio ordinario sobre reivindicación 547

- V-

Valenzuela Gabrielina contra Gabrielina Pinzón.—Juicio ordinario sobre filiación natural 652

-Y -

Yepes Bermúdez Alejandro y otro.—Casación por el delito de estafa y por el de abuso de confianza 462

- Z -

Zorro Hernández Leticia contra José Manuel Conde. — Juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios 24